



---

**Universidad de Valladolid**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL E HISTORIA Y TEORÍA DEL DERECHO

TESIS DOCTORAL:

LA UNIDAD DEL PATRIMONIO Y EL TRUST.

DE LA FIDUCIA, EL FIDEICOMISO Y EL "TRUST"

Presentada por **Juan David Vilaró Colón** para optar al grado de doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por el Prof. Dr. José Javier de los Mozos Touya

SEPTIEMBRE DE 2015

Dedicatoria:

A mi esposa  
Isis Beatriz  
y a mis hijos  
Priscila Beatriz  
y David Augusto.  
Con mucho cariño.

## Indice

	Página
Introducción	15
<b><u>Capítulo 1: Trasfondo histórico</u></b> <b>del <i>uses</i> y <i>trust</i></b>	25
1.1 Antecedentes históricos del <i>uses</i> y del <i>trust</i>	25
1.1.1 Figuras jurídicas anteriores al <i>uses</i>	25
1.1.2 Etapas de desarrollo del <i>uses</i> al <i>trust</i>	28
1.1.2.1 Primera etapa: desde los orígenes del <i>uses</i> hasta la intervención del <i>canciller</i>	29
1.1.2.2 Segunda etapa: Desde principios del siglo XV hasta la promulgación de la Ley de <i>Uses</i>	42
1.1.2.2.1 <i>Equity follow</i> <i>the law</i>	45
1.1.2.2.2 El papel del tribunal de <i>equity</i>	59
1.1.2.3 Tercera etapa: De la Ley de <i>Usues</i> hasta fines del siglo XVIII	53
1.1.2.4 Cuarta etapa: De fines del siglo XVII a la época contemporánea	64

1.2 El desarrollo del Derecho de propiedad en el <i>common law</i> en relación al trust	72
1.3. El desarrollo y funcionamiento de los tribunales de Inglaterra	78
1.3.1 Los tribunales reales	78
1.3.2 Los <i>writs</i>	80
1.3.3 Los tribunales de <i>common law</i>	81
1.3.3.1 <i>Commons Pleas</i>	81
1.3.3.2 <i>King's Bench</i>	82
1.3.3.3 <i>Exchequer</i>	83
1.3.4 Jurisdicción de los tribunales de <i>Equity</i>	83
1.3.4.1 <i>Equity follow the law</i>	85
1.3.4.2 <i>Equity acts in personam</i> ; en conciencia	89
1.3.4.2.1 Conciencia del demandado	89
1.3.4.2.2 Conciencia del canciller	90
1.3.5 El Canciller	95
1.3.6 La equidad	101
1.3.7 Procedimiento en la cancillería	104
1.4 Proceso de codificación del <i>trust</i>	108

<u>Capítulo 2</u> : El <i>trust</i> y la propiedad en la tradición jurídica del <i>common law</i>	114
2.1 La noción de <i>trust</i> en las jurisdicciones de <i>common law</i>	114
2.2 La propiedad en el <i>trust</i> : el desdoblamiento de la propiedad	117
<u>Capítulo 3</u> : De la fiducia romana al negocio fiduciario	126
3.1 La "fides" romana	126
3.1.1 En la sociedad romana	126
3.1.2 En el derecho romano	131
3.2 La fiducia romana	134
3.2.1 Origen y desarrollo	134
3.2.2 Modalidades de la fiducia Romana	148
3.2.2.1 Fiducia cum amico	149
3.2.3.2 Fiducia cum creditore	154
3.2.3 Usureptio fiduciae	157
3.3 Desarrollo hacia el negocio fiduciario	161
3.3.1 Concepto y estructura del negocio fiduciario	161

3.3.2 Desarrollo dogmático del negocio fiduciario	180
3.3.2.1 Teoría del doble efecto	182
3.3.2.2 De la propiedad formal y propiedad material a la titularidad fiduciaria o propiedad fiduciaria	192
3.3.3 Desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario	212
3.4 Conclusiones sobre el negocio fiduciario	221

#### Capítulo 4: Del fideicomiso romano

a la sustitución fideicomisaria	226
---------------------------------	-----

4.1 El origen y desarrollo del fideicomiso romano	226
4.1.1 Origen sucesorio	226
4.1.2 Diferencias entre el fideicomiso y el legado	227
4.1.3 La "fides" y el fideicomiso	232
4.1.4 Causas del origen	233
4.1.5 Contenido del fideicomiso romano	235
4.1.6 Tutela jurídica y desarrollo histórico	236
4.1.7 Clases de fideicomiso romano	243
4.1.7.1 Fideicomiso de herencia	244
4.1.7.2 Fideicomiso de residuo	245

4.1.7.3	Sustitución fideicomisaria	247
4.1.7.4	Fideicomiso de familia	254
4.1.8	Fusión de legados y fideicomisos en el Derecho Post-clásico	259
4.2	Evolución del fideicomiso romano hacia la sustitución fideicomisaria	262
4.2.1	El fideicomiso en las Siete Partidas y en la Novísima Recopilación	262
4.2.2	El fideicomiso en el Proyecto de 1851 de García Goyena	267
4.2.3	En la Codificación	268
4.2.4	Desarrollo hacia la sustitución testamentaria	272
4.2.4.1	El concepto	272
4.2.4.2	Clasificación	272
4.2.4.2.1	Sustitución vulgar o simple	273
4.2.4.2.2	Sustitución fideicomisaria	276
4.2.4.2.3	Sustitución pupilar y ejemplar	277
4.2.4.2.4	Relación entre la sustitución simple y la sustitución fideicomisaria	277
4.3	La sustitución fideicomisaria según el artículo 781 del Código Civil	283

4.3.1	Requisitos de validez	283
4.3.2	Sujetos de la sustitución fideicomisaria	286
4.3.2.1	El heredero fiduciario	288
4.3.2.2	El sustituto fideicomisario	292
4.3.3	El objeto de la sustitución fideicomisaria	293
4.3.4	Las limitaciones a la validez y efectividad	296
4.3.4.1	Limitación de grados	296
4.3.4.2	Limitación a personas vivas	298

Capítulo 5: El patrimonio: su desarrollo conceptual y su relación con el *trust* 301

5.1	El concepto de patrimonio	301
5.1.1	Origen histórico y conceptual	301
5.1.2	Teorías sobre el patrimonio	303
5.1.2.1	Teoría personalista	304
5.1.2.2	Teoría finalista	315
5.1.2.3	Teoría realista	322
5.1.2.4	Teoría unitaria-orgánica	325
5.1.3	Definiciones y contenido	327
5.1.4	Caracteres del patrimonio	350
5.1.5	Funciones del patrimonio	355



5.2 Clasificación de los patrimonios	359
5.2.1.1 Patrimonio personal general	360
5.2.1.2 Patrimonios especiales	360
5.2.1.2.1 Patrimonios colectivos	362
5.2.1.2.1 Patrimonios de destino	362
5.2.1.2.3 Patrimonio separado, autónomo, de afectación	364
5.3 Relación del patrimonio con el <i>trust</i>	371
5.4 El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor	374

## Capítulo 6: La teoría de los *numerus*

### *apertus* de los derechos reales

### y la autonomía de la voluntad 379

#### 6.1 La teoría de los *numerus apertus*

#### *versus numerus clausus* en el derecho español 379

##### 6.1.1 El sistema de *numerus clausus* 379

##### 6.1.2 El sistema de *numerus apertus* 383

#### 6.2 Presupuestos Y requisitos para

#### la creación, modificación y extinción

#### de nuevos derechos reales 396

##### 6.2.1 Características generales

##### de los derechos reales 400

6.2.2 El principio de la autonomía de la voluntad en la creación de nuevos derechos reales	402
6.2.2.1 La ley y el ordenamiento jurídico	403
6.2.2.2 La moral y el orden público económico	404
6.2.3 La causa y la eficacia	405
6.2.4 La determinación del objeto y el principio de especialidad	411
6.2.5 La forma, publicidad y la seguridad en el tráfico jurídico	415
6.3 La creación de nuevos derechos reales: el caso del trust	418
<b><u>Capítulo 7: El fideicomiso en el Derecho de Puerto Rico</u></b>	<b>432</b>
7.1 Trasfondo histórico	432
7.1.1 Legislación e interpretación jurisprudencial	432
7.1.2 La doctrina del desdoblamiento de la propiedad	440
7.1.3 La relación del fideicomiso con la sustitución fideicomisaria en el derecho puertorriqueño	451
7.2 La actual legislación sobre	

fideicomisos en Puerto Rico	457
7.2.1 La Nueva Ley de Fideicomisos	457
7.2.2 El patrimonio en la nueva legislación del fideicomiso	469
7.2.3 Titularidad del patrimonio y la doctrina del desdoblamiento de la propiedad	471
7.3 Conclusión	489
<b><u>Capítulo 8: El Trust en Escocia</u></b>	491
8.1 El concepto del trust en el Derecho escocés	491
8.2 El concepto de patrimonio en el Derecho escocés	492
8.3 El <i>trust</i> como un patrimonio especial	493
8.4 El efecto de la insolvencia	495
<b>Conclusiones</b>	497
<b>Bibliografía</b>	507

<b>Anejos</b>	<b>532</b>
<b>Legislación</b>	<b>532</b>
<b>España</b>	<b>532</b>
<b>Otras jurisdicciones</b>	<b>533</b>
<b>Jurisprudencia</b>	<b>537</b>
<b>Tribunal Supremo de España</b>	<b>537</b>
<b>Dirección General del Registro         y el Notariado</b>	<b>538</b>
<b>Tribunal Supremo de Puerto Rico</b>	<b>539</b>

## Abreviaturas

Am. Jur.	- American Jurisprudence 2d
C.c.	- Código Civil (de España)
C.J.S.	- Corpus Juris Secundum
C.C.P.R.	- Código Civil de Puerto Rico de 1930 según enmendado
D.G.R.N.	- Dirección General del Registro y la Notaría
D.P.R.	- Decisiones de Puerto Rico
L.H.	- Ley Hipotecaria (de España)
S.T.S.	- Sentencia del Tribunal Supremo de España
L.P.R.A.	- Leyes de Puerto Rico Anotadas
P. de la C.	- Proyecto de ley de la Cámara de Representantes de Puerto Rico
P. del S.	- Proyecto de ley del Senado de Puerto Rico
U.T.C.	- Uniform Trust Code

## **Introducción**

La institución o figura jurídica del *trust* se ha extendido en una infinidad de países por todo el mundo, desde los países de tradición de *common law* hasta países de tradición de derecho civil y aún los países de derecho mixto. La versatilidad jurídica de dicha institución ha sido el fundamento para que se haya mantenido por muchos siglos y que se haya continuado su desarrollo.

En la medida que la economía mundial continúe con su desarrollo globalizado las diferentes instituciones y figuras jurídicas que tengan que ver con el mundo financiero habrán de requerir un mutuo reconocimiento entre los países que estrechen sus lazos financieros y comerciales. Además del flujo de capitales, el flujo de personas, ciudadanos provenientes de diferentes tradiciones jurídicas habrán de encontrarse con la necesidad de darle forma jurídica a las relaciones jurídicas respecto a la transmisión de sus bienes muebles o inmuebles mediante negocios jurídico *inter vivo* y *mortis causa*.

Es en este contexto que se puede entonces entender la pregunta que se plantea en el presente trabajo de investigación. La pregunta que deseamos investigar gira en torno a la posibilidad de

configurar una institución o figura jurídica en el derecho español que sea afín con el denominado *trust*. Se investigara la posibilidad de configurar un derecho real atípico (nuevo derecho real o derecho real innominado), partiendo de la autonomía de la voluntad y creando así un patrimonio separado, autónomo y afectado a un fin. Es decir, la idea central del presente trabajo de investigación consiste en indagar si en el ordenamiento jurídico español cabe la posibilidad de configurar un derecho real atípico, partiendo de la autonomía de la voluntad dentro del cual una persona transfiera bienes a otra persona (fiduciario) para que ésta como propietario los administre temporalmente en beneficio de otra persona (beneficiario), que pudiera ser el constituyente o fideicomitente o un tercero. Dichos bienes constituirían un fondo o patrimonio separado y autónomo del patrimonio personal del fiduciario y este patrimonio estaría afectado a un fin establecido en el negocio constitutivo. La razón de esta investigación estriba en la posibilidad que la figura o institución jurídica antes descrita pueda configurarse dentro del ordenamiento jurídico español a la manera o afín a la institución del *trust* en alguna de sus modalidades, especialmente con la definición o descripción del *trust* que se encuentra en la Convención de la Haya sobre el *trust* de 1985.

Para ello, en el primer capítulo de la investigación se hace un recuento histórico en el cual se expone el origen del *trust* comenzando con su predecesor el *uses* en la época feudal inglesa. Luego se describe cómo ha sido su desarrollo en esa jurisdicción hasta el siglo XIX. Especialmente se describen sus raíces en los tribunales de equidad y su origen en los tribunales eclesiásticos. Al final del capítulo se expone el desarrollo de dicha institución jurídica hasta la formulación y admisión del *Uniform Trust Code* por las diferentes jurisdicciones estatales de los EE.UU. y de su proceso de recogerlo en una legislación tipo codificación, lo que acerca dicha jurisdicción a los sistemas de derecho civil, siendo estas jurisdicciones de tradición del *common law*. En el segundo capítulo se describe el *trust* en los EE.UU. con especial atención al concepto de propiedad en éste.

En el tercer capítulo se expone el origen y desarrollo de dos figuras jurídicas del derecho español que son muy afines a la figura del *trust* y que comienzan en el derecho romano y se encuentran en el ordenamiento jurídico actual. Por un lado, se comienza con la figura jurídica de la fiducia romana con sus modalidades de la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*, las cuales desembocan en el negocio fiduciario del derecho



español, a la manera que se recibió mediante la pandectística alemana.

En el cuarto capítulo se expone la figura jurídica del fideicomiso romano y cómo éste llega hasta la figura jurídica de las sustituciones fideicomisarias del Código civil.

En el quinto capítulo se busca exponer la teoría general sobre el patrimonio en el derecho español con el propósito de ver el marco de referencia jurídico que rigen la existencia o no de un patrimonio separado de afectación en relación con los bienes fideicomitidos o confiados al fiduciario. Se investiga la posibilidad de hasta qué punto es posible la creación de patrimonios separados de afectación a partir de la autonomía de la voluntad.

El sexto capítulo va encaminado a presentar el derecho sobre la creación o no de derechos reales atípicos, también llamados nuevos derechos reales o derechos reales innominados. Para ello se exponen las teorías de los *numerus apertus* y de los *numerus clausus* en los derechos reales. Se abunda en la exposición de los requisitos para la creación de los derechos reales atípicos y de los

límites en su relación con la autonomía de la voluntad expresada en el artículo 1255 del Código civil.

El capítulo séptimo tiene como propósito exponer a manera de derecho comparado la institución del *trust*, también conocida como fideicomiso, en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Puerto Rico es una jurisdicción de derecho mixto que heredó su tradición de derecho civil de España.

En el octavo y último se expone la institución del *trust* en otra jurisdicción de derecho mixto como lo es Escocia, por su particularidad de pertenecer a las jurisdicciones de Europa.

Finalmente se exponen las conclusiones generales que contestan la interrogante planteada al principio de la investigación en torno a la posibilidad de crear una figura jurídica en el derecho español afín a la institución del *trust* en alguna de sus modalidades, partiendo de la posibilidad de crear un derecho real atípico desde el principio de la autonomía de la voluntad y que pueda constituir un patrimonio separado de

afectación del fiduciario y que cumpla con el principio de la responsabilidad patrimonial universal.

Sobre la utilización de la terminología y los problemas de traducción de los textos en otros idiomas diferentes al español deseo hacer las siguientes aclaraciones. Por un lado sobre la nomenclatura de los sujetos del trust nos encontramos que la literatura utiliza diferentes nombres para los tres sujetos involucrados en dicha institución jurídica. El siguiente esquema nos puede ayudar a entender su utilización en toda la investigación: **trust** para **fideicomiso**; **trustee** (*le trustee* francés, *der Treuhänder* alemán) para **fiduciario**; **settlor** (*le constituant* francés, *der Treugeber* alemán) para **constituyente**, **fideicomitente**, **fiduciante**; **beneficiary** (*le beneficiare* francés, *der Treunehmer* alemán) para **beneficiario**, **fideicomisario**, **cestui que trust**.

El término Derecho civil se utilizara para el sistema de derecho civilista. El termino **common law** se utilizará para derecho común anglosajón o cualquiera de las variantes como por ejemplo el common law anglo-america y anglo-candiense, entre otros. Diferentes acepciones del término common law. Tambien el termino common law se utiliza con

diferentes acepciones como nos dice Fratcher: primeramente (1) "con respecto al periodo medieval, el término 'Common law' ha sido usado para expresar el derecho vigente en todo el reino de Inglaterra, para diferenciarlo del derecho consuetudinario/de costumbre local limitado a un área"... (2) Common Law ha sido usado para significar el derecho hecho por jueces (*judge-made-law*) -precedente judicial- para diferenciarlo de las leyes (statutes) aprobados por el Parlamento; (...) (3) Más allá, 'Common Law' ha sido usado frecuentemente para significar el derecho aplicado por los pasados tribunales reales del *King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*, como también para diferenciarlo del derecho canónico aplicado por los tribunales eclesiales y las reglas de equidad administradas por '*High Court of Chancery*'. En este tercer sentido, el *trust*, siendo una creación de '*High Court of Chancery*', es desconocido en el Common Law. 'Common Law' es usado en este tercer sentido (...) cuando sea necesario para contrastar derecho y equidad; '*legal title*' o '*ownership*' con '*equitable title*' o '*propiedad/ownership*; remedios legales con remedios en equidad. (...) (4) Más frecuentemente el término es usado... para referirse al derecho de aquellas áreas las cuales tienen sistemas de derecho privado derivado de y más o menos parecidos/resembling al derecho vigente en el Reino de Inglaterra cuando éste se fusionó en el

Reino de Gran Bretaña (1 de mayo de 1707). Estas áreas incluyen la islas británicas (excepto Escocia), los Estados Unidos de América (excepto el Estado de Luisiana y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico), Canadá (excepto la Provincia de Quebec), Australia, Nueva Zelanda, la República de Liberia y algunos de las presente y pasadas colonias británicas y posesiones en África, las indias occidentales y dondequiera". Cuando se usa en estos cuatro sentidos el término incluye reglas de equidad como también los estatutos y "Common Law' en el sentido estricto,..., esto incluye como sinónimo del derecho anglo-americano"<sup>1</sup>.

En términos generales las traducciones de los textos originales tanto del alemán como del inglés son nuestras. Para ello nos servimos de los siguientes diccionarios jurídicos. Para la traducción del inglés al español<sup>2</sup> y para la traducción del alemán al español<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FRATCHER, W. F., Trust. En: R. David et als. (Comité editorial), *International Encyclopedia of comparative Law*. Vol. VI. Property and Trust. Frederick H. Lawson (Chief Editor). Tübingen-Mouton-The Hague-Paris: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973, páginas 5-6

<sup>2</sup> KAPLAN, S. M., *Essential English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*. Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands: Kluwer Law International. Wolters Kluwer. Aspen Publisher, 2008.

<sup>3</sup> KÖBLER, G. (unter Mitarbeit von Monika Hohenauer), *Rechtsspanish. Deutsch-spanisches und spanisch-deutsches*

Sobre el acceso a las fuentes bibliográficas podemos decir que nos servimos principalmente de la Bibiloteca de Derecho Mons. Juan Fremiot Torres Oliver de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico ubicada en Ponce, Puerto Rico. También nos servimos de las base de datos de Vlex.com y de la biblioteca digital del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte en Frankfurt am Main, República Federal de Alemania. También tuve acceso a otra bibliografía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salzburgo y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Edingburg en Escocia.

Quisiera dar gracias a la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico por el apoyo económico para la realización de los cursos doctorales y al personal de la Biblioteca de Derecho, Mons. Juan Fremiot Torres Oliver, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico por todo el apoyo que me ofrecieron en la búsqueda de las fuentes bibliográficas, y el préstamo inter-bibliotecario, en especial a Teresita y Edna. También no puedo dejar de darle gracias a Nilbia, secretaria de la Revista Jurídica de Derecho Puertorriqueño por su

---

Rechtswörterbuch für jedermann. 2. überarbeitete Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2003.

ayuda con la corrección de algunos errores de tipología.

Finalmente gracias a mi familia, a quienes le dedico este trabajo investigativo, por su inmensa paciencia y gran apoyo. También muchas gracias a mis amigos que me motivaron a que terminara esta investigación.

## **Capítulo 1: Trasfondo histórico del *uses* y *trust***

### **1.1 Antecedentes históricos del *uses* y del *trust***

#### **1.1.1 Figuras jurídicas anteriores al *uses***

Antes de exponer el origen del *trust* en Inglaterra se deber considerar que hay varias opiniones sobre el origen del *trust* no desde la figura del *uses* sino en relación a otras figuras externas al derecho inglés.

Se ha hablado del *fideicommissum* del derecho romano, del *salman* o *salmannus*, *truehand* del derecho medieval germano y del *wakf* o *waqf* islámico<sup>4</sup>. “La teoría romana concibió al *fideicommissum*, como un instrumento que permitía al testador disponer su propiedad hacia un beneficiario legalmente incompetente, mediante la transmisión de la propiedad a un legatario capaz. Esta institución fue introducida en Inglaterra por los eclesiásticos buscando evadir las restricciones gubernamentales a la propiedad sobre inmuebles”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cf. FRATCHER, W. F., op. cit., páginas 8-9.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.* (Segunda reimpresión 2009). Bogotá-México-Buenos Aires-Caracas-Lima-Santiago:



Además del derecho romano se encuentra la teoría germana la cual ve en el *salman* el origen del *uses*. Este consiste en que un tercero o albacea acepta realizar la voluntad del transferente de la propiedad inmueble, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*. A los tribunales eclesiásticos se les había pasado la jurisdicción sobre los bienes del *decurus* después de la conquista normanda. Por eso se entiende que el origen de los *uses* podía atribuirse en cierta medida a los tribunales eclesiásticos<sup>6</sup>. Esta figura debió haber sido introducida en Inglaterra durante las conquistas normandas del siglo XI<sup>7</sup>.

Los autores ingleses favorecen la posición de que el *uses* tiene su origen en el mismo escenario del derecho inglés. "El uso nació, para Maitland, de las reglas del *common law* relativas al mandato, en realidad un mandato carente de formalidades, utilizando en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fue

---

Legis, 2005, páginas 18-19, nota 31; citando a Avini, Avishek. The origins of the modern English trust revisited. Ed. Tulane Law Review. Tulane University, Marzo 1996.

<sup>6</sup> Cf. ibidem, páginas 18-19, nota 34; citando a Batiza, Rodolfo. El fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Porrúa S.A. México. 1980, p. 34; 18-19, nota 34.

<sup>7</sup> Cf. idem, paginas 18-19, nota 31; citando a Avini, Avishek. The origins of the modern English trust revisited. Ed. Tulane Law Review. Tulane University. Marzo 1996.

extendida a los inmuebles. Holdsworth considera que el uso representaba una característica del derecho inmobiliario inglés poco después de la conquista de Guillermo de Normandía en 1066, de manera que, cuando el canciller concede su protección al beneficiario de un uso, se limitaba a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien entendida. A juicio de Ames, el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que 'la equidad actúa sobre la conciencia', y estimaba que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en cierta forma por las antiguas acciones *account* y *denitue* del *common law*"<sup>8</sup>.

No es posible establecer con certeza el origen exacto de la figura del *uses* la cual lleva al desarrollo del *trust* moderno. Pero lo que sí

---

<sup>8</sup> Ibidem, página 19 nota 34; citando a Batiza, Rodolfo, op. cit., 34; ver también HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., *The Law of Trust and Trustees. A treatise Covering the Law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with forms.* Third edition. Sections 1-46. Minnesota: Thomson West, 2007, página 25: "Although some obligations with respect to money and chattels were enforced by the common law courts in these times, these were so-called common law trust and not uses. If money was delivered to A, to be paid to B, the common law action of *account* lay. And if a chattel was delivered to another for the use of a third, *denitue* could be brought by the beneficiary". Tomado de James Barr Ames, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays* 236, 237 (1913) y de James Barr Ames, *Origin of Uses and Trust*, in *2 Select Essays in Anglo-American Legal History* 743 (1908).

se puede asegurar que como todas las figuras e instituciones jurídicas, el *uses* nace de la necesidad del ser humano en su convivencia con los demás de encontrar soluciones a sus necesidades existenciales. El derecho de propiedad es medio para que el ser humano se proporcione su *modus vivendi*. No sólo los bienes muebles, sino los inmuebles en la época que surge el *uses* proporcionaba este fundamento vital. Por eso las palabras de Wolf van al centro del origen del *uses*: "El origen del *trust* hay que buscarlo allí, donde el ordenamiento jurídico no satisface a las necesidades del hombre o donde las normas de derecho no están a la altura de los tiempos. Hay que buscar un camino que llene esa laguna, que pueda superar al derecho presente en su rigidez y lo encuentre en la institución del *trust* o *uses*, como se llamaba al precursor del *trust*"<sup>9</sup>.

### **1.1.2 Etapas de desarrollo del *uses* al *trust***

En la literatura se reconocen cuatro etapas en el desarrollo histórico de la figura del *uses* que da paso a lo que hoy conocemos como el *trust*.

---

<sup>9</sup> WOLF, J., *Trust, Fiducia, und fiduziarische Treuhand. Historische-rechtsvergleichende Unterswuchung mit einer Darstellung des Trust in Scottland sowie des römischen und österreichischen Fideikommiss. In Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht* (herausgegeben von Prof. DDr. J. Michael Rainer) Band 17. Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-oxford-Wien: Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2004, página 13.

En una primera etapa se puede agrupar todo el desarrollo anterior al momento cuando dicha figura requirió de la ayuda del canciller inglés para que se obligara a su cumplimiento. Podemos decir desde sus orígenes hasta la intervención del canciller en las cortes de 'equity'<sup>10</sup>. Una segunda etapa que se puede enmarcar dentro de temprano del siglo XV hasta la aprobación del *Statute of Uses* (Ley de *Uses* o Usos) en el 1536<sup>11</sup>. La tercera etapa se puede enmarcar desde la aprobación del *Statute of Uses* hasta tarde en el siglo XVII/XVIII cuando comienza el desarrollo del *trust* moderno<sup>12</sup>. La cuarta etapa constaría del desarrollo del *trust* moderno<sup>13</sup>.

#### **1.1.2.1 Primera etapa: desde los orígenes del uses hasta la intervención del canciller.**

En la primera etapa se ha encontrado una relación que vincula el use a iglesias y monasterios desde temprano en el siglo IX<sup>14</sup> y de acuerdos de particulares con el use de miembros de sus familias ya desde el principios del siglo

---

<sup>10</sup> SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., *The Law of Trust*. Volume I. 4<sup>th</sup> edition. Boston - Toronto: Little, Brown and Company, 1987, página 12.

<sup>11</sup> Cf. *ibidem*, páginas 12 y 14.

<sup>12</sup> Cf. *ibidem*, páginas 12 y 18.

<sup>13</sup> Cf. *ibidem*, páginas 12 y 20.

<sup>14</sup> Cf. Fratcher, W. F., *op. cit.*, página 9.

XIII<sup>15</sup>. El *use* se torna más común desde la llegada de la orden de los franciscanos a Inglaterra en el 1224. Dicha orden religiosa había sido fundada por San Francisco de Asís en el año 1206<sup>16</sup> y tenía como fin vivir la pobreza de Jesucristo según los Evangelios. Por ello, la regla franciscana prohibía la adquisición de propiedades a los frailes franciscanos<sup>17</sup>. Los frailes necesitaban de propiedades para poder realizar su labor evangelizadora y caritativa como la de mantener hospitales y otras instituciones de ayuda a los necesitados, pobres, enfermos y ancianos. Entonces para cumplir con su misión transferían los terrenos a corporaciones municipales mediante *uses* en beneficio de los frailes<sup>18</sup>. El *uses* le

---

<sup>15</sup> Cf. *ibidem*, página 9.

<sup>16</sup> JEDIN, H. (editor), *Handbuch der Kirchengeschichte*. Band III. *Die mittelalterliche Kirche*. Zweiter Halbband: *Vom kirchlichen Hochmittelalter bis zum Vorabend der Reformation*. (Von Hans-Georg Beck, Karl August Fink, Josef Glazik, Erwin Iserloh, Hans Wolter). Freiburg, Basel, Wien: Herder, 1985, página 224 (Erster Teil: *Das Hochmittelalter*. Vierter Abschnitt: *Das Papsttum auf der Höhe seiner Macht (1198-1216)* (Prof. Dr. Hans Wolter SJ, Frankfurt a.M.).

<sup>17</sup> Cf. Fratcher, W. F., *op. cit.*, página 9.

<sup>18</sup> Cf. *ibidem*, página 9; También ver: LANGBEIN, J. H., LERNER, R. L. y SMITH, B. P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands: Wolters Kluwer - Aspen Publishers 2009, página 299; citando a 2 Frederick Pollock and Frederic W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, at 231-232- (2d ed. 1898) p. 299: "In the early years of the thirteenth century the Franciscan friars came hither. The law of their being forbade them to own anything; but they need at least some poor dormitory, and the faithful were soon offering them

ayudó a superar la propia limitación del voto de pobreza como también la propia estructura del derecho de propiedad de la época, que le impedía ser titulares de tierras y edificios. De esta manera pudieron generar los medios necesarios para poder asegurar su existencia y así cumplir con su tarea evangelizadora<sup>19</sup>.

Anterior a los frailes franciscanos Scott señala que no está claro cuándo es que aparecen los primeros *uses* en Inglaterra, pero sí está claro que antes que los tribunales exigiesen su cumplimiento, éstos estaban bastante difundidos por todo el territorio inglés<sup>20</sup>. Al principio se crearon para propósitos temporeros, cuando un vendedor entregaba sus tierras a manos de un señor para el uso de un comprador a quien el señor (*lord*) habría de entregarle inmediatamente<sup>21</sup>. Luego de la conquista normanda es que comienza a emplearse los *uses* más

---

houses in abundance. A remarkable plan was adopted. They had come as missionaries to the towns; the benefactor who was minded to give them a house, would convey that house to the borough community 'to the use of'... the friars. Already, when Bracton was writing, plots of land in London had been thus conveyed to the city for the benefit of the Franciscans ... [T]he first persons who in England employed 'the use' on a large scale were ... the friars of St. Francis".

<sup>19</sup> Cf. GONZALEZ BEILFUSS, C., El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1997, página 25.

<sup>20</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit, página 12.

<sup>21</sup> Cf. ibidem, página 12.

duraderos o permanentes<sup>22</sup>. Ejemplo de ello era el caso de los cruzados que dejaban sus tierras en *uses* en beneficio de sus hijos, de su esposa o hermana. Eso era la manera de funcionar el *uses*. Una persona de tiempo en tiempo transfería sus tierras a otra persona 'para el uso' de un tercero. Es decir, para el beneficio de un tercero<sup>23</sup>. También "(s)u utilización parece haberse popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas (*statute of mortmain*) que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Para obviar el inconveniente, los monjes transferían o adquirirían a través de un tercero (*feoffe to use*)"<sup>24</sup>.

Esto llevó a que para principios de siglo XV era costumbre transferir la tierra en *uses*. El rey Enrique V (1413-1422) expresó una vez que gran parte de Inglaterra se encontraba bajo el régimen del *use*: "Al momento que se hace esta ley (2 Hen.

---

<sup>22</sup> Cf. *ibidem*, página 13.

<sup>23</sup> Cf. LANGBEIN, J. H. et al, *op. cit.*, página 299; citando a Pollock y Maitland, *op. cit.* 231-232: "A slight but unbroken thread of cases, beginning while the Conquest is yet recent, shows us that a man will from time to time convey his land to another 'to the use' of a third. For example, he is going on a crusade and wishes that his land shall be held to the use of his children, or he wishes that his wife or his sister shall enjoy the land, but doubts, it may be whether a woman can hold a military fee or whether a husband can enfeoff his wife".

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, página 17.

V. c.3) gran parte de las tierras en Inglaterra en estos tiempos turbulentos y peligrosos (cuando esta controversia poco feliz dentro de la casa de York y Lancaster había comenzado) estaban en *use*"<sup>25</sup>.

Durante esta primera etapa del *uses* se puede afirmar que la obligación contraída por el *feoffee* (*trustee*) consistía en una obligación fundamentada en el honor, es decir, una obligación honoraria o moral que descansaba en la buena fe del *feoffee*<sup>26</sup>. El '*cestui que use*' por consiguiente no tenía ningún derecho jurídico. Esto era así para que, por una parte, no recayeran sobre él las cargas del derecho de propiedad impuestas al dueño en el sistema feudal<sup>27</sup>. Al no tener derechos jurídicos, entonces, los tribunales no tenían jurisdicción sobre su cumplimiento o no. El papel de los tribunales era uno neutral, ni proveían protección, pero tampoco impedían su funcionamiento<sup>28</sup>. "Su derecho era invisible para los tribunales"<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 13, nota 13.

<sup>26</sup> Cf. *ibidem*, páginas 13-14.

<sup>27</sup> Cf. *ibidem*, página 13.

<sup>28</sup> Cf. *ibidem*, página 13.

<sup>29</sup> WOLF, J., op. cit., página 23.



Se puede describir el *uses* de la época de la siguiente manera: "(E)l *use* es una institución surgida como un modo de transmitir la propiedad, en donde una persona tiene la propiedad de un bien mueble o inmueble en beneficio de otra persona. Se trata de la asignación de la propiedad legal a una persona, con el objeto de que el uso real de la cosa pertenezca a otra persona, a quien no es posible designar legalmente propietario. Al beneficiario se le denomina en anglonormando: *cestui que use*"<sup>30</sup>.

En este momento es importante exponer una tabla comparativa de la terminología sobre el *uses* y *trusts* originales y modernos<sup>31</sup>:

<b>Término moderno</b>	<b>Término original</b>
<i>Trust, fideicomiso, fiduciause, settlor</i> (también <i>grantor, trustor</i> )	<i>feoffment to uses</i> <i>feoffor to uses</i>
<i>fideicomitente, constituyente</i>	
<i>trustee, fiduciario</i>	<i>feoffee to uses</i>
<i>beneficiary, beneficiario, fideicomisario</i>	<i>cestui que use</i> <sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R.: Derecho Romano y Derecho Canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas. Granada: Editorial COMARES, 1994, páginas 108-109.

<sup>31</sup> Tomado de LANGBEIN, J. H., et al, op. cit., página 300.

<sup>32</sup> Abreviación de "cestui a qui use le feoffement fut fait". RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit., página 17, nota 27.

Por razones de política pública es que durante esta etapa el Parlamento inglés comienza a intervenir para evitar la utilización del *use* contraria a derecho<sup>33</sup>.

Entre la legislación parlamentaria que se aprobó en esta etapa del desarrollo del *uses* y *trust* se encuentra las siguientes leyes<sup>34</sup>: En el 1376 (Stat. 50 Edu. III, c.6) en la que se condenaban las transferencias para un *uses* por el transferente para propósitos de defraudar a sus acreedores, para evitar las transmisiones en fraude de acreedores; y la transmisión llevada a cabo por el despojante<sup>35</sup> en el 1377; las leyes de las manos muertas (*statutes of mortmain*) en 1391. Cuando una propiedad era transferida a los religiosos u otras corporaciones eran confiscadas por el señor feudal (lord). Las leyes de las manos muertas se hicieron extensivas para cubrir los casos en que la tierra se transfería a individuos para *uses* de dichas corporaciones<sup>36</sup>. "El *cestui que use* en estos casos no tenía un

---

<sup>33</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 13.

<sup>34</sup> Cf. ibidem, página 13.

<sup>35</sup> Cf. ibidem, página 13: Stat. 1 Rich. II, c.9, También, Stat. 4 Hen. IV, c.7 (1402); Stat. 11 Hen. VI, c.3 (1433); Stat. 1 Hen. VII, c.1 (1485); RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit., página 21.

<sup>36</sup> Cf. ibidem, páginas 13-14: Statute of Mortmain, Stat. 15 Rich. II, c.5 (1391).

interés exigible en la propiedad transferida, pero el peligro de que el *feoffee* pudiese cumplir su obligación moral era tan grande y el resultado de su actuar pudiese contravenir la política pública, el parlamento se sintió impulsado a intervenir”<sup>37</sup>.

Es importante señalar que, a pesar de la concepción generalizada de que los *cestui que uses* estaban desprotegidos judicialmente por los tribunales de la época y que no es hasta que el tribunal de *Equity* del canciller quien los cobijaron con dicha protección<sup>38</sup>, los estudios de Helmholz demuestran que en un principio los tribunales eclesiásticos habrían acogido peticiones de los *cestui que uses* para hacer valer la obligación moral del *feoffee* frente al *feoffor*. Helmholz entiende que no es plausible que una institución que haya tenido tanta importancia y extensión, se mantuviera sin sanción legal alguna<sup>39</sup>. Expone Helmholz que ya

---

<sup>37</sup> Idem, página 14.

<sup>38</sup> Cf. HOLDSWORTH, H., *A History of English Law*. Volume IV. Boston: Little, Brown, and Company, 1924, página 432.

<sup>39</sup> Cf. HELMHOLZ, R. H., *The Early Enforcement of Uses*. *Columbia Law Review*, Volume 79, 1503 (1979); también ver AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., *op. cit.*, página 108: “La regulación de los uses va a estar contemplada en una primera fase por tribunales eclesiásticos (*courts cristians*) y más tarde por el tribunal del Lord Canciller (*court of chancery*) ante la denegación de protección de los uses por parte de los tribunales de *Common Law*”. Citado de Martínez

Maitland<sup>40</sup> habría sugerido la contestación a la incógnita de que cómo en los primeros *uses* habían sido exigido su cumplimiento en los tribunales eclesiásticos<sup>41</sup>. A pesar de la prohibición existente en la época, la cual impedía a los tribunales eclesiásticos asumir jurisdicción sobre casos que involucraban propietarios (*freehold land*), se ha encontrado prueba documental en los libros de "Canterbury Acts" de finales del siglo XIV hasta mediados del siglo XV que demuestran casos de *uses* como parte de los asuntos de los tribunales diocesanos de Canterbury y Rochester<sup>42</sup>.

Ejemplo de ello se puede apreciar en el siguiente caso: "En 1375 el *feoffees to uses* de un cierto John Roger fue citado a comparecer ante el tribunal de Canterbury por violar las directrices dadas a ellos por su *feoffor*. Bajo interrogatorio, ellos confesaron que recibieron

---

Torrón, J., Derecho Angloamericano y Derecho Canónico. Las raíces canónicas del Common Law. Civitas. Madrid 1991, 125 y siguientes.

<sup>40</sup> Cf. LANGBEIN, J. H., et al., op. cit., página 299; citando a 2 F. Pollock and F. Maitland, History of English Law. (2d ed. 1898, reissued 1968), 232: "Some of them may have been enforced by the ecclesiastical courts". También ver SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 13: "During this period, then, Uses were honoray obligations resting upon the good faith of the feoffee".

<sup>41</sup> Cf. HELMHOLZ, R. H., op. cit., página 1504.

<sup>42</sup> Cf. ibidem, páginas 1504-1505.

diez y tres cuartos de un acre de tierra, un molino de viento y una casa solariega (*grange*) con las instrucciones de Roger que la transfirieran a su esposa Margery luego de su muerte. Ellos admitieron la violación de estas instrucciones y dispusieron de la mitad de las tierras a un tal Hugh Pryor, pero sostuvieron que ellos solamente lo hicieron bajo coacción y miedo a Hugh. El juez, aparentemente después de una audiencia corta, sostuvo que el alegado miedo había sido 'falto e insuficiente de mover a un hombre leal (*constant man*)' y que los *feoffees* tenían que sufrir las penalidades canónicas por la falta de llevar a cabo sus deberes"<sup>43</sup>.

Las condiciones específicas que hicieron posible la asunción de dicha jurisdicción por parte de los tribunales eclesiásticos han de buscarse en los casos resueltos por dichos tribunales. Por un lado, según Helmholz los casos sobre los *uses* encontrados en los archivos eran de personas que habían establecidos *uses*, pero que al momento de la demanda ya habían fallecido. En ninguno de los casos se trataba de un *feoffor* exigiendo en vida el cumplimiento del

---

<sup>43</sup> Ibidem, página 1505; En la nota: Fueron excomulgados. Cual acción se tomó para haber levantado la sentencia y si ellos o no se la tomaron, desafortunadamente no aparece en los expediente que han sobrevivido.

*uses* a su *feoffee*<sup>44</sup>. Estos casos ante el tribunal eclesiástico se encuentran dentro de la jurisdicción de asuntos sucesorales (*probate jurisdiction*)<sup>45</sup>. “Una de las responsabilidades que atendía dicha jurisdicción, a los ojos de quienes la ejercían, era el deber de garantizar los deseos finales de la persona. Ya que los testadores ponían frecuentemente instrucciones a los *feoffees* en sus testamentos, documentos que trataban de los *uses* de tierras, inevitablemente llegaban ante los tribunales eclesiásticos. Aunque una separación estricta entre tierras y muebles puede haberse hecho, la Iglesia medieval consideraba dicha separación como artificial; esto buscaba exigir el cumplimiento de todos los deseos finales del fallecido cuando se pudiese”<sup>46</sup>.

Por otro lado, para justificar la intervención de los tribunales eclesiásticos cuando el *feoffor* había fallecido, se encuentra el principio del derecho canónico medieval, mediante el cual los tribunales eclesiásticos debían hacer justicia cuando el derecho secular era inadecuado<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cf. *ibidem*, página 1506.

<sup>45</sup> Cf. *ibidem*, página 1507.

<sup>46</sup> *Ibidem*, página 1507

<sup>47</sup> *Ibidem*, página 1507, citando a 2 Corpus Iuris Canonici cols. 250-259 [X 1.2.10.11].

Las razones, entonces, para pedir la intervención del tribunal eclesiástico serían las siguientes: Lo que pareciera ser en algunos casos como un problema de deshonestidad de los *feoffees*, es contradicho por la prueba en los casos que demuestran falta de claridad más que un impedimento o incumplimiento consciente del deseo expresado por el difunto<sup>48</sup>. "La Iglesia proveyó el foro necesario para la interpretación de las indicaciones contradictorias"<sup>49</sup>. Esto parece haberse repetido en el Tribunal de *Equity* del Canciller<sup>50</sup>.

En los archivos no se encuentran ningún remedio jurídico. Sólo se expresa que el *feoffee* se le ordena cumplir con los términos del *feoffment (uses)*<sup>51</sup>. "Cuando el *feoffee* no llevaba a cabo las instrucciones del *feoffor*, entonces se convertía en efecto en un impedimento ('impeder') de los deseos del difunto y entonces el tribunal lo anotaba como tal"<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Cf. *ibidem*, página 1509.

<sup>49</sup> *Ibidem*, página 1509.

<sup>50</sup> Cf. *ibidem*, página 1509, nota 33.

<sup>51</sup> Cf. *ibidem*, página 1509.

<sup>52</sup> *Ibidem*, página 1507, y nota 25: Como ejemplo: Ex officio c. Smyth & Holynbroke, Canterbury Act book Y.1.1, f. 94v (Diocesan Archives, Canterbury Cathedral Library), en la cual los demandados fueron encontrados de haber incurrido en 'sentenciam maioris excommunicationis a santis patribus contra impediens ultimas voluntates decendencium in hac parte latam'.

“Los casos referentes a ‘*feoffment to use*’ dejaron de aparecer en los expedientes de los tribunales después del segundo tercio del siglo XV. El último ejemplo encontrado sin ambigüedad proviene del 1465: Ex officio Watson, Rochester Act book DRb Pa 3, f. 506r, y ello probablemente habría ido disminuyendo gradualmente en número mucho antes”<sup>53</sup>. Para esa fecha la jurisdicción del Canciller sobre los *uses* ya se había establecido<sup>54</sup>. La prueba de los expedientes del tribunal eclesiástico corresponde con la suposición natural de que la jurisdicción eclesiástica disminuyó conforme creció la jurisdicción de la Cancillería<sup>55</sup>.

El fin de la intervención del tribunal eclesiástico contra los *feoffees to uses* y el aumento de las exigencias del cumplimiento del *uses* por parte de la Cancillería fue un desarrollo natural de estas jurisdicciones<sup>56</sup>. Para algunos canonistas pudiera haber parecido el crecimiento de la jurisdicción de la cancillería de manera positiva, ya que de otra forma se concretizaba el principio del derecho canónico de que en ausencia

---

<sup>53</sup> Ibidem, página 1511.

<sup>54</sup> Cf. ibidem, página 1511.

<sup>55</sup> Cf. ibidem, página 1512.

<sup>56</sup> Cf. ibidem, página 1512.



de circunstancias especiales el deseo del fallecido debe hacerse cumplir mediante sanciones legales<sup>57</sup>.

#### **1.1.2.2 Segunda etapa: Desde principios del siglo XV hasta la promulgación de la Ley de Uses**

En esta etapa los *uses* reciben la protección de la cancillería, específicamente en el Tribunal de Equity, quienes asumen la jurisdicción sobre las controversias surgidas por los *uses*. Esta etapa concluye con la promulgación de la *Statutes of Uses* en 1536 por el rey Enrique VIII por las razones que se expondrán más adelante. "Los *uses* dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en derecho indiscutible, recibiendo la protección de la cancillería como derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte"<sup>58</sup>.

Como se pudo apreciar en la etapa anterior, el hecho de que los tribunales de *common law* no asumieran la jurisdicción de las controversias emanadas de los *uses* por razones de su inflexibilidad consecuente de los procesos extremadamente rígidos<sup>59</sup> llevó a que los afectados

---

<sup>57</sup> Cf. *ibidem*, página 1513.

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, página 21.

<sup>59</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., *op. cit.*, página 14.

por el incumplimiento de las condiciones del *uses* recurrieran en algunos casos a los tribunales eclesiásticos y luego buscaran la protección de la cancillería como representante de la autoridad máxima, el rey.

Scott comparte la opinión de Ames respecto a que los *uses* fueron exigidos ante el canciller por primera vez en algún momento durante el reinado de Enrique V (1413-1422)<sup>60</sup>. Como se aprecia en la explicación de la primera etapa, esta investigación se inclina a apoyar la tesis de Helmholtz sobre la primicia de los tribunales eclesiásticos en la consideración de las controversias surgidas por los *uses*. Scott sitúa cronológicamente el comienzo de la asunción de la jurisdicción del canciller sobre las controversias de los *uses* para finales del siglo XIV y comienzos del siglo XV<sup>61</sup>. Para ese entonces los demandantes recurrieron al canciller en contra del *feoffees* basándose en la mala fe de éstos en el incumplimiento del *use*<sup>62</sup>. El primer caso en expediente sería en 1446, *Myrfy v. Fallan*, 2 Cal. XXI<sup>63</sup>. Este abuso de confianza (*breach of faith*) habría de tocar el profundo sentido de justicia

---

<sup>60</sup> Cf. *ibidem*, páginas 14-15 en nota 2 citando a Ames, *Lectures on Legal History* 237 (1913).

<sup>61</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

<sup>62</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

<sup>63</sup> Cf. *ibidem*, página 14, nota 2 de parr. 1.4.

del Canciller para hacer cumplir al *feoffee* con las disposiciones del *use*<sup>64</sup>. El Canciller no habría de fijarse en las razones que dieron origen a los *uses* y para los que se estaban utilizando contrarios a la política pública salvo que se condenaran específicamente mediante legislación por el parlamento<sup>65</sup>.

Por un lado, como se explicó anteriormente, los tribunales de *common law* se tornaron muy inflexibles y complejos. Esto se debía a sistema de *writs* y sus procedimientos como se habrá de explicar posteriormente. Por otro lado, los jueces de *common law* catalogaban los *uses* bajo las categorías de condición, estipulación (*conditions*) o acuerdos (*covenants*), y a la misma vez ponían en duda su validez jurídica por considerarlos contrarios a la política pública<sup>66</sup>.

Para bien del desarrollo del *uses* el tribunal de *equity* ejerció jurisdicción exclusiva sobre éste<sup>67</sup>. Precisamente esta actitud del canciller ante los *uses*, independientemente de las razones que tuviera para ello, hizo que dicha institución continuara su desarrollo hasta la actualidad.

---

<sup>64</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

<sup>65</sup> cf. *ibidem*, página 15.

<sup>66</sup> Cf. *ibidem*, página 15.

<sup>67</sup> Cf. *ibidem*, página 15.

Importante para efectos del tema del presente estudio, en esta etapa crítica en el desarrollo del *uses*, el canciller trató el *uses* para muchos propósitos como '*equitable estates in property*' (*derecho de propiedad en equidad*) y no como meros '*choses in action*' (*derecho de acción para recobrar algo*). Por este motivo les aplicó por analogía muchas de las reglas que regían los '*estates in property*'<sup>68</sup>.

#### **1.1.2.2.1 Equity follow the law**

"Aunque el *use* era considerado para varios propósitos como un '*equitable estate*' (*propiedad en equidad*), el principio de que el '**equity follow the law**' no era en este momento totalmente aceptado o consistentemente aplicado. Fue posible, por tanto, evitar la aplicación de varias de las reglas del derecho (*rules of law*) mediante el empleo del *uses*"<sup>69</sup>. "La (corte de) equidad rehusó seguir las reglas técnicas legales que rigen la creación de los '*estates*'. Estas reglas se basaban en la concepción feudal de que, aunque todavía prosperaban en los tribunales de derecho (*common law*), no eran requeridas ya por la política pública. Aunque el *uses* era considerado

---

<sup>68</sup> Cf. *ibidem*, página 15.

<sup>69</sup> *Ibidem*, página 16.

como un '*equitable estate*', la doctrina feudales que regían la posesión no se aplicaban a los *uses*. Cuando se creaba un '*estate legal*' las doctrinas de la posesión requerían que no ocurriera una traslapo de '*estates*' y tampoco un vacío entre los '*estates*'; sin embargo el canciller permitió los *shifting*<sup>70</sup> y *springing*<sup>71</sup> *uses* y los *executory devises*<sup>72</sup>. Más allá, se podrían crear *uses* sin la formalidad de la entrega de la posesión (*livery of seisin*) u otras formalidades necesarias para la creación de los '*legal estates*'"<sup>73</sup>.

"Los *uses* fueron empleados frecuentemente en este periodo por los '*tenants*' (tenedor de un inmueble) para frustrar los reclamos de sus señores feudales (*overlords*). Los incidentes de *tenancy* abrumaban pesadamente sobre el *tenant*. El *overlord* tenía el título de recibir el *relief* (desagravio) y en algunos casos a un *heriot*, cuando el *tenant* fallecía, y la tierra revertía a él por reversión (*escheat*) si el *tenant* fallecía sin herederos naturales o estaba atado a un delito (*felony*). Si el heredero era un menor (*infant*), el *overlord* estaba dotado de actuar como tutor (*guardian*) y de hacer suyas las rentas y ganancias

---

<sup>70</sup> Fideicomiso en el cual los beneficiarios pueden variar condicionalmente.

<sup>71</sup> Derecho de uso condicional.

<sup>72</sup> Legados condicionales.

<sup>73</sup> SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 16.

hasta la mayoría de edad del menor, y de vender el privilegio de casamiento de la heredera. También estaba dotado de ayudar cuando su hijo mayor fuera llamado como caballero y cuando su hija mayor estuviera casada. Estas situaciones cargosas se podían evitar, al menos en parte, transfiriendo la tierra del *tenant a feoffees to use*<sup>74</sup>.

Los '*equitable estates*' carecían de una limitación de tiempo. El '*cestui que use*' era dueño en homenaje o lealtad a ningún señor feudal (*overlord*). (...) El *feoffee* estaba sujeto a las incidencias (*incidents*) feudales, pero era posible evitarlas mediante el empleo de varios *feoffees* como '*joint tenants*'. Cuando se recordaba que durante la Guerra de las Rosas la mayor parte de la tierra en Inglaterra se encontraba bajo *uses*, esto habrá de demostrar cuán grande fue el golpe dado al sistema feudal mediante la invención del *uses*"<sup>75</sup>. Aunque los tribunales no le concedían ninguna ayuda a los *overlords*, sí el Parlamento le concedió cierto apoyo. Un estatuto de 1487 (Stat. 4 Hen. VII, c. 17 (1487) dispuso que el señor tenía la potestad de tutor o de *relief* a la muerte intestada del *cestui que use* sobre la tierra mantenida por un caballero en servicio.

---

<sup>74</sup> Ibidem, página 16. Nota 10: Anonymous, Y. b. 27 Hen. VIII, fol. 8 pl. 22 (1536); Anonymous, Jenk. Cent. Cas. 190 (1506).

<sup>75</sup> Ibidem, página 16.

También en 1503 (Stat. 19 Hen. VII, c. 15 (1503)) otro estatuto disponía que al fallecimiento intestado del *cestui que use* de tierras mantenidas en '*socage*'<sup>76</sup>, el señor (lord) debería "tener su *relief*, *heriot* y todos los otros deberes"<sup>77</sup>.

En caso de traición al rey cuando el *cestui que use* tomaba partido a una parte en conflicto, como lo era en los tiempos de la Guerra de las Rosas, los tribunales no le ofrecían ayuda al soberano. Si se quería intervenir en la política de la época, esto podría traer consecuencias económicas. Aquel que favoreciera una de las partes perdedoras en dichos conflictos políticos se arriesgaba a perder sus propiedades por traición al rey. Este habría de confiscar sus tierras como penalidad a dicha transgresión<sup>78</sup>. Por esta razón, aquellos que intervenían en dichos conflictos buscaban una persona neutral a la cual se le pudiese transferir su propiedad como sería un '*law clerk*'. Pero esta forma de evitar consecuencias nefastas para el *feoffor* se derrotó por leyes del parlamento inglés des siglo XVI, las

---

<sup>76</sup> Esta era una forma de de mantener tierras por el cual el *tenant* pagaba una renta definida o realizaba una cantidad trabajo definido pero no rendía un servicio militar a su señor.

<sup>77</sup> SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 17.

<sup>78</sup> Cf. *ibidem*, página 17.

que disponían que los uses podían ser confiscadas a favor de la corona en caso de traición<sup>79</sup>.

Otra manera de evitar las disposiciones de transferencia de tierras en la época medieval era la de los legados testamentarios. El sistema feudal prohibía los legados. Los *uses* se utilizaron para legar las tierras. La situación era la siguiente: La defensa de '*realm*' (*reino, dominio, región*) descansaba en la idea de que el heredero del *tenant* era el más indicado para sustituirlo luego de su fallecimiento. Mediante disposiciones testamentarias se buscaba colocar a sus hijas o hijos menores en su posición. Esto era una práctica bastante extendida en la época. Los *tenants* habría de hacer *feoffments of uses* a favor de personas que querían designar en testamento<sup>80</sup>. De esta manera, por un lado, el sistema feudal casi pierde su base en Inglaterra, y, por otro lado, los tribunales no estaban dispuestos a contradecir dichas disposiciones testamentarias como contrarias a la política pública<sup>81</sup>. Interesante que cuando el *Statute of Uses* pretendió terminar con la práctica de los

---

<sup>79</sup> Cf. *ibidem*, página 17; ver Stat. 26 Hen. VIII, c. 13 sec. 5 (1535) y Stat. 33 Hen. VIII, c. 20 (1541).

<sup>80</sup> Cf. *ibidem*, página 17.

<sup>81</sup> Cf. *ibidem*, página 17.



uses, el parlamento sí autorizó el legado de tierras cinco años después<sup>82</sup>.

Las razones para la promulgación del *Statute of Uses* se pueden encontrar en un testimonio de la época en la obra de Christopher St. Germain. Su obra *El Doctor y el Estudiante*, escrita en 1523, redactada en forma de diálogo entre el maestro y su estudiante contiene trata en una parte sobre las razones de prohibir los *uses* mediante el referido estatuto. Por un lado el maestro está formado en el derecho canónico y no está familiarizado con el derecho inglés. Por otro lado, el estudiante conoce bien el derecho inglés. La interrogante que se plantea es el por qué muchos ingleses han transferido sus tierras a *uses*. El estudiante trae con razones el evitar el '*dower*'<sup>83</sup> y '*curtesy*'<sup>84</sup> y también para evitar la '*seizure on execution*' (confiscación y ejecución). Pero la razón principal es para capacitar al dueño de disponer de la tierra testamentariamente y como garantía del cumplimiento de las capitulaciones matrimoniales y otros acuerdos. El estudiante menciona otras razones, pero los estatutos las han hecho inefectivas. Entre ellas menciona el evitar

---

<sup>82</sup> Cf. *ibidem*, páginas 17-18.

<sup>83</sup> La parte de los bienes del esposo fallecido que le corresponden por ley a la viuda.

<sup>84</sup> Los derechos del marido en los bienes de su difunta esposa.

que terceros presente acciones haciendo acuerdos secretos o acuerdos para con los '*great lords*' a quienes nadie se atrevían a demandar; para evitar los '*statutes of mortmain*'; para defraudar a los señores feudales de sus derechos feudales; y en fraude de acreedores<sup>85</sup>. Scott señala que esta obra tuvo que ver probablemente con el desarrollo del *equity* y que fue el primer intento de formular una filosofía de la jurisdicción del *equity*<sup>86</sup>.

#### **1.1.2.2.2 El papel del tribunal de equity**

"El desarrollo del tribunal de la cancillería trajo consigo un cambio. Al tiempo que el *uses* estaba surgiendo, se trajo la costumbre de petitionar al rey o a su consejo un remedio en los casos in los cuales los tribunales de derecho (*common law*) no lo concedían. Si no había un *writ* disponible, o si el demandado era lo suficientemente poderoso para impedir la justicia, el demandante petitionaba al rey o a su consejo pidiéndole una dispensa especial o extrajurídica. El canciller era miembro del consejo y en los tiempos del rey Eduardo I (1272-1307) era usual referir dichas peticiones para la consideración del canciller. El canciller se convirtió en el custodio de la consciencia del rey y su tribunal se convirtió en un tribunal de consciencia en

---

<sup>85</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 18.

<sup>86</sup> Cf. *ibidem*, página 18.

donde la *equity* y la justicia, más que la técnica o la '*technicalidad*' (los aspectos técnicos), estaban supuestas a regir"<sup>87</sup>.

"Los beneficiarios de los *uses* alegando pérdida debida a la falta de los *feoffees de uses* en mantener o tratar la propiedad para el uso solicitaron un remedio al canciller. En algún momento temprano en el siglo XV, el canciller comenzó a reconocer la justicia de dichas peticiones y se hicieron cumplir los *uses* y *trusts*<sup>88</sup>. En aquellos tiempos el canciller era un clérigo<sup>89</sup> y su conciencia estaba naturalmente impactada por la injusticia de permitirle al *feoffee to uses* repudiar su obligación. (...) El proceso por el cual el canciller actuó fue conocido como uno *subpoena*. Este le ordenaba al demandado a hacer o dejar de hacer ciertos actos. El remedio (*relief*) era personal y específico, no meramente en daños (compesación por daños) monetarios. Por eso los historiadores dicen que el *cestui que use* tenía un remedio solamente mediante *subpoena*"<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., página 25.

<sup>88</sup> Ibidem, páginas 25-26.

<sup>89</sup> Ibidem, páginas 25-26. nota 7.

<sup>90</sup> Ibidem, páginas 25-26.

### 1.2.2.3 Tercera etapa: De la Ley de *Uses* hasta fines del siglo XVIII

La utilización frecuente del *uses* "para eludir el pago de las numerosas cargas que pesaban sobre la tierra produjo una natural inquietud en la Corona razón por la cual se decidió dejarlos sin efecto, reconociendo al beneficiario o *cestui que uses/trust* como verdadero propietario (en la acepción anglosajona) sin privarlo, sin embargo, de la protección de la *equity* como se prescribió en la 'Ley de *Uses*' en 1535(1536) que, por consiguiente, aspiraba a eliminarlos por ese camino"<sup>91</sup>.

Esta no era la primera vez que el parlamento intentaba corregir los excesos en la utilización de los *uses* antes de la aprobación del *Statute of Uses*, pero dichos intentos parecieron ser inefectivos<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Cf. RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit., página 21, tomado de Rengifo, Ramiro, La fiducia, legislación nacional y derecho comparado. Colección pequeño foro. Bogotá 1984,p. 102: "Este tipo de trust, recuérdese, fue abolido por el Estatuto de *Uses*, pero aún subsiste en el derecho angloamericano para el caso de trust sobre muebles, trust resultantes, trust sobre trust, principalmente'.

<sup>92</sup> Cf. HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op, cit. página 26.

Es importante exponer cuáles fueron las razones expresada por el mismo estatuto para prohibir los uses. En el preámbulo del Statute of Uses se establece lo siguiente:

*"Where by the common laws of this realm, lands, tenements, and hereditaments be not devisable by testament, nor ought to be transferred from one to another, but by solemn livery and seisin, matter of record, writing sufficient made bona fide, without covin or fraud, yet nevertheless divers and sundry imaginations, subtle inventions, and practices have been used, whereby the hereditaments of this realm have been conveyed from one to another by fraudulent feoffments, fines, recoveries, and other assurances, craftily made to secret uses, intents, and trust, and also by wills and testaments sometimes made by nude parole (parolx) and words, sometimes by signs and tokens, and sometimes by writing, and for the most part made by such persons as be visited with sickness, in their extreme agonies and pains, or at such time as they had scantly any good memory or remembrance; at which time they, being provoked by greedy and covetous persons lying in wait about them, do many times dispose indiscreetly and unadvisedly their lands and inheritances; by reason whereof, and by occasion of which fraudulent feoffments, fines, recoveries, and other like assurances to uses, confidences, and trusts, divers and many heirs have been unjustly at sundry times disinherited, and lords have lost their wards, marriage, reliefs, harriots, escheats, aids, pur fair fitz chevalier [kighthood] and pur file marier [marriage], and scantly any person can be certainly assured of any lands by them purchased, nor know surely against whom they shall use their actions or execution for their rights, titles and duties; also men married have lost their tenancies*

*by the curtesy, women their dowers; manifest perjuries by trial of such secret wills and uses have been committed; the king's highness hath lost the profits and advantages of the lands of persons attainted, and of the lands craftily put in feoffment to the use of aliens born, and also the profits of waste for a year and a day of felons attainted, and the lords their escheats thereof; and many other inconveniences have happened, and daily do increase among the king's subjects, to their great trouble and inquietness, and to the utter subversion of the ancient common laws of this realm; for the extirping and extinguishment of all such subtle practiced feoffments, fines, recoveries, abuses, and errors heretofore used and accustomed in this realm, to the subversion of the good and ancient laws of the same, and to the intent that the king's highness or any other his subjects of this realm, shall not in any wise hereafter, by any means or inventions be deceived, damaged or hurt, by reason of such treats, uses, or confidences: It may please the King's most royal Majesty, that it may be enacted by his Highness, by the assent of the Lords Spiritual and Temporal, and the Commons, in this present parliament assembled, and by the authority of the same, in manner and form following: (...)”<sup>93</sup>.*

Además de las razones expuestas en el preámbulo del *Statute of Uses* se mencionan otras razones por los historiadores, los cuales refieren a las intenciones del rey Enrique VIII de destruir

---

<sup>93</sup> Statute of Uses, 1535/1536, 27 Henry VIII, c. 10 (Eng.) Tomado de HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., páginas 26-27 nota 4 y tomado también de COQUILLETTE, D. R., *The Anglo-American Legal Heritage. Introductory materials.* Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1999, paginas 277-278. Subrayado y negritas nuestro.

los monasterios y confiscar sus propiedades. La manera más adecuada para ello era sustrayendo su forma de generar ingresos para su sustento y esto lo logró mediante la abolición del método por el cual mantenían la tierra que era el *use*<sup>94</sup>, como se explicó en la primera etapa del desarrollo del *use*.

Coquillette<sup>95</sup> trae a colación otras razones para la aprobación del *Statute of Use*. Ya para el 1529 Enrique VIII requería hacer llegar fondos a las arcas reales, para no tener que depender del Parlamento. Buscaba una forma de restablecer los deberes feudales mediante la implantación de leyes que prohibieran todos los '*estates in land*' con la excepción de los '*fee simple*' con algunas excepciones. "Los *uses* habrán de ser válidos solamente si se inscriben en el tribunal de *Common Pleas* y se establezcan disposiciones para asegurar su publicidad"<sup>96</sup>. De un plumazo, '*real property seisin*' habría de ser ahora público y '*simple*', lo cual constituía el sueño de los cobradores de impuestos<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Cf. HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., página 27.

<sup>95</sup> Cf. COQUILLETTE, D. R., op. cit., páginas 276-277.

<sup>96</sup> Ibidem, página 277.

<sup>97</sup> Cf. ibidem, página 276.

Estas disposiciones encontraban oposición de dos poderosos grupos en la época de Enrique VIII. Uno de estos grupos era la creciente clase de los dueños de tierras sin título (*'untitled landowners'*), quienes invertían dinero ganado en el comercio para comprar tierras y así gozar de la condición de *'landed estates'*. Estos eran una nueva clase de *'landholding'*. El otro grupo consistía en los *'common lawyers'*, quienes representaban a los primeros. Estos veían su ruina económica de su profesión en las disposiciones legales establecidas, ya que *"it left them with no more interesting topic of study than a fee simple, save in the very few cases of peers, and at this moment there were but fifty peers of the realm. And it was not just exposure to more tax which concerned these groups"*<sup>98</sup>. Los *uses* se habían convertido en una forma de legar *de facto* la tierra. Estos grupos no deseaban perder el poder adquirido como se vio en el final de la segunda etapa. El resultado de ello fue que las reformas que el rey quería introducir encontraron mucha oposición en la Cámara de los Comunes (*House of Commons*). Por esa razón se ideó una nueva estratagema mediante la cual a los abogados se les aseguraran sus intereses. Esta consistía de lo siguiente. Los *'common lawyers'* en el tribunal de *Common Pleas* habían perdido muchos negocios por la cancillería, debido a que los *uses* eran solamente

---

<sup>98</sup> Ibidem, página 276.



reconocidos en *equity*<sup>99</sup>. La estrategia que se siguió y brindó los resultados buscados fue la siguiente: "Why not just 'execute' all 'uses', i.e., just make them into interest at law? If, at the same time, provisions were made them to record these new legal interests, the King's revenue goals could be promoted, and the common lawyers would once again have the nation's land law back in the Common Pleas"<sup>100</sup>.

Al aprobarse el *Statute of Uses* se ejecutaron los *uses*, pero concomitantemente se aprobó el *Statute of Enrolments* (27 Henry VIII, chap. 10 (1536), el cual obligaba a registrar dichos intereses. "Esto fue un esquema legislativo brillante"<sup>101</sup>. Esa es la razón por la cual el preámbulo del *Statute of Uses* comienza con lo que se podría denominar como una propaganda a favor de la ejecución de los *uses*<sup>102</sup>.

El objetivo principal del *Statute of Use* era el de abolir los *uses*. Ello lo lograba eliminando el 'estate' del *feoffee of uses* y concediéndoselo al *cestui que use* como 'legal estate'. De esa manera se 'ejecutaban' los *use*. En vez de dejarle

---

<sup>99</sup> Cf. *ibidem*, páginas 276-277.

<sup>100</sup> *Ibidem*, página 277.

<sup>101</sup> *Ibidem*, página 277.

<sup>102</sup> Cf. *ibidem*, página 277.

al *feoffee to use* la obligación de transferirle el 'legal title' al *cestui que use*, en caso de éste requerirlo, el estatuto lo hacía de inmediato al momento de la creación del *use*<sup>103</sup>. La parte dispositiva del estatuto expresaba este objetivo con las siguientes palabras:

*"That where any person or persons stand or be seized, or at any time hereafter shall happen to be seized, or of and in any honours, castles, manors, lands, tenements, rents, services, reversions, remainders or other hereditaments to the use, confidence or **trust** of any other person or persons, or of any body politick, by reason of any bargain, sale, feoffment, fine, recovery, covenant, contract, agreement, will or otherwise, by any manner means whatsoever it be; that in every such case all and every such person or persons, and bodies politick, that have or hereafter shall have any such use, confidence or **trust**, in fee simple, fee tail, for term of life or for years, or otherwise, or any use, confidence or trust, in remainder or reverter, shall from henceforth stand and be seized, deemed and adjudged in lawful seisin, estate and possession of and in the same honours, castles, manors lands, tenements, rents, services, reversions, remainders and hereditaments, with their appurtenances, to all intents, constructions and purposes in the law, of and in such like estates as they had or shall have in use, **trust** or confidence of or in the same; and that the estate, title, right and possession that was in such person or persons that were, or hereafter shall be seized of any lands, tenements or hereditaments, to the use, confidence or **trust** of any such person or persons, or of any body politick, be from henceforth clearly deemed*

---

<sup>103</sup> Cf. HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., página 27.

*and adjudged to be in him or them that have, or hereafter shall have, such use, confidence or trust, after such quality, manner, form and condition as they had before, in or to the use, confidence or trust that was in them*"<sup>104</sup>.

Con la conversión instantánea de la propiedad en el *use* se buscaba que terminaran este tipo de intereses propietarios y que así todos los '*estates in land*' habrían de ser objeto de las mismas cargas o gravámenes y de las mismas regulaciones de '*tenure and conveyance*'. Así concluiría la existencia de los *uses*<sup>105</sup>. Esto duraría hasta que el *Statute of Use* fuera derogado en 1925 mediante una reforma a la legislación del derecho de propiedad en Inglaterra<sup>106</sup>.

El *Statute of Uses* produjo una gran inestabilidad social y económica dada la disolución de pequeños monasterios y la introducción del divorcio en derecho inglés. La Peregrinación anual de la Gracia, que fue una revuelta popular en York en el 1536, encendió una rebelión.

---

<sup>104</sup> Statute of Uses, 1535/1536, 27 Henry VIII, c. 10 (Eng.). Tomado de HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., 27-28 nota 6. El subrayado y negritas es nuestro.

<sup>105</sup> Cf. HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., páginas 27-28.

<sup>106</sup> Ibidem, página 27.

Con este trasfondo el texto derogado recibió una interpretación suficientemente amplia para permitir que el *uses* sobreviviera ahora como *trust*. Es decir, los *uses* que no estaban expresamente prohibidos; "*les uses upon uses*, los derechos *equitables portant* sobre bienes muebles, y los *trust* donde el *feoffe* jugaba un papel activo. El *use upon use* es la operación por la cual un bien es transferido a un primer *feoffe* para el use de una persona *dénomée* (sin nombre), la cual es igualmente *feoffe* de una segunda persona, *cestui que use*. El use habiendo sido suprimido, sólo permanece la parte de la operación por la cual el primer beneficiario se convierte en *feoffe* para el provecho del segundo beneficiario. Esta interpretación restrictiva de la abolición de los *uses* fue validada desde 1558 en el caso de *Jane Tirrel's* (2, Dyer 155<sup>a</sup>). En una etapa posterior, la referencia al primer intermediario fue omitida, bajo el nombre de *trust*, el use había resucitado. Se puede considerar que el *trust* moderno nació de la interpretación favorable a la institución dado por la jurisdicción del Canciller desde el siglo XVI"<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit., páginas 21-22; tomado de nota 38 Béraudo, Jean Paul, *Le trust anglo-saxons et le droit français*. Ed. L.G.D.J.. Paris 1992, p. 5. Subrayado y negritas es nuestro.

Es importante señalar que en esta etapa del desarrollo del *uses*, el *Statute of Uses* fue interpretado de manera restrictiva, dando pie a que no todos los *uses* fueran proscritos o ejecutados. Los tribunales de la cancillería se ciñeron estrictamente a la letra del texto. "Las palabras expresas del estatuto hacía claro que los *uses* personales estaban excluidos"<sup>108</sup>. Esto era así ya que el estatuto hablaba solamente de la '*real property*'<sup>109</sup>.

Ejemplos en que un *use* no se veía afectado por el estatuto, por un lado, era cuando una donación a una persona a otra en *use* por una cantidad limitada de tiempo no era afectada; tampoco los *uses* activos no estaban incluidos en la ejecución estatutaria, ni los *uses* en los que la tierra se había transferido al *feoffee* con el deber de cobrar las ganancias y pagarlas a otro, ya que los deberes de administración requerían el título legal en el *trustee*, entonces la necesidad de tener el título y la posesión en la persona del *feoffee* hacía que se excluyera del estatuto<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., op. cit., página 28.

<sup>109</sup> Cf. *ibidem*, página 28.

<sup>110</sup> Cf. *ibidem*, página 29.

Finalmente, los tribunales de derecho ingleses sostenían que el estatuto no afectaba a los *uses* sobre *uses*. "Si la tierra era transferida a A y a sus descendientes para *use* de B y sus descendientes, para el *use* de C y sus descendientes, el estatuto disponía que transferir el *use* de B en posesión y darle el '*legal estate*' pero no transferir el *use* de C en posesión y eliminar el '*legal estate*' de B"<sup>111</sup>. "Doe on the Demise of Lloyd v. Passingham, 6 Barn. & Cress. 305, 1309 Rev. Rep. 327 (1827) sostuvo que cuando el primer *feoffee to uses* y el primer *cestui que use* en el caso de *use* en *use* fueran la misma persona, el estatuto no ejecutaba el segundo *use*"<sup>112</sup>. Cien años después de la aprobación del estatuto de *uses* el tribunal de la cancillería reconoció el segundo *use* en el caso de *use* sobre *use*. Lo consideró exigible como un *trust* contra la persona a quien el tribunal invistió de '*legal estate*'<sup>113</sup>. De esta manera muchos *uses* no se afectaron con el estatuto de *uses* y gozaron de protección y de cumplimiento por el tribunal de la cancillería. De ahí que nombre del *trust* se aplicara después del estatuto del *use* a todos los '*equitable interes*' así sostenido<sup>114</sup>. Desde entonces se usó como sinónimo de los *uses* en las

---

<sup>111</sup> Cf. *ibidem*, página 29.

<sup>112</sup> *Ibidem*, página 29, nota 4.

<sup>113</sup> Cf. *ibidem*, página 29.

<sup>114</sup> Cf. *ibidem*, página 30.

decisiones antes del estatuto<sup>115</sup>. La conclusión de este desarrollo es que a este tipo de interés que sobrevivió al *Statute of Use* se exigió como *trust* y constituyó el fundamento del derecho moderno del *trust*<sup>116</sup>.

#### **1.2.2.4 Cuarta etapa: De fines del Siglo XVII a la época contemporánea.**

Se puede afirmar que esta etapa constituye el revivir y desarrollo del *trust* desde el siglo XVII. Como se vió en el preámbulo del *Statute of Uses*, se buscaba eliminar los abusos en que cayeron varios de los *uses*. Esto trae como consecuencia que se eliminaron una cantidad de *uses*, pero otra cantidad se mantuvo en existencia, ya que la letra misma del estatuto no los tocaba y la interpretación restrictiva a la letra de la ley del estatuto se siguió tanto por los jueces de los tribunales de *common law* como por los cancilleres. En el fondo, la idea central de la construcción del *uses* en la que consistía en una separación entre el interés beneficiario y título legal, continuó existiendo posteriormente a la promulgación del *Statute of Uses*<sup>117</sup>. Los casos en los cuales el estatuto no ejecutaba el *use*

---

<sup>115</sup> Cf. *ibidem*, página 30.

<sup>116</sup> Cf. *ibidem*, página 30.

<sup>117</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., *op. cit.*, páginas 20-21.

mediante la concesión o cesión<sup>118</sup> del título legal al dueño beneficiario eran tres<sup>119</sup>. Estos son el *use* o *trust* activo, el *use* o *trust* por un término de años y el *use* o *trust* sobre *use* o *trust*.

Por un lado, tenemos que dentro de los diez años desde que se aprobó el estatuto de *uses* se sostuvo que éste no se aplicaría a los *uses* activos<sup>120</sup>. Si se le indicaba al *feoffee* que permitiera al *cestui que use* tomar las ganancias del *use*, entonces el *use* era ejecutado por el estatuto, pero si al *feoffee* se le indicaba tomar las ganancias y entregarlas al *cestui que use*, entonces el '*legal estate*', se sostenía, es decir, no era ejecutado y por ende, permanecía el '*legal*

---

<sup>118</sup> Vesting: vest- conferir derechos a uno, conceder derechos a uno, revestir a uno de derechos, diccionario inglés español-Collings).

<sup>119</sup> Cf. SCOTT, A. W. y FRACHTER, W. F., op. cit., página 21.

<sup>120</sup> Ibidem, página 21; Además, "Active trust is a trust in which the trustee has some affirmative duty of management or administration besides the obligation to transfer the property to the beneficiary. An active trust maintains the legal estate in the trustee, to enable him to perform the duties devolved on him by the donor, and gives the *cestui que trust* only a right in equity to enforce the performance of the trust. In an active trust duties are to be performed by the trustee with reference to the administration of the trust property, and in which the primary use of the property is to be expressly or impliedly, by reason of such active duty, vested in the trustee. An active trust is also termed as special trust". <http://definitions.uslegal.com/a/active-trust/>; recuperado 3 de octubre de 2013.



*estate'* en el *feoffee*<sup>121</sup>. En casos de los *trust* pasivos aunque el *feoffee* tenga antes del estatuto tenga deberes activos, como defender la propiedad contra terceros o transferir la propiedad al *cestui que use* o como fuera indicado, esto no salvaba al *trust* de ser ejecutado bajo el estatuto<sup>122</sup>. Lo interesante es que si más tarde se le imponía un deber activo al *feoffee*, entonces se creaba un *trust* activo y esto traía como consecuencia que no se ejecutaba por a base del estatuto. Así se sostuvo<sup>123</sup>. La razón por la cual no se ejecutarían los *trusts* activos no es clara. Parecería que los tribunales interpretaron de manera restrictiva el estatuto, como se vio anteriormente, y excluyeron al *trust* activo de su aplicación, ya que dichos *trust* no eran comunes y su utilización no resultaba en ninguna de las causas negativas expresadas en el preámbulo del estatuto<sup>124</sup>.

Es importante indicar que en el caso de los *trusts* activos el *cestui que use* tenía un reclamo personal mayor contra el *feoffee* más que un '*equitable estate*' sobre la tierra<sup>125</sup>. En este caso se encuentra que los términos '*use*', '*trust*' y

---

<sup>121</sup> Ibidem, página 21.

<sup>122</sup> Cf. ibidem, página 21.

<sup>123</sup> Cf. ibidem, página 21.

<sup>124</sup> Cf. ibidem, página 21.

<sup>125</sup> Ibidem, página 22.

'confianza (confidence)' se emplearon indistintamente, "un *trust* activo o especial era considerado como algo diferente de un *use* común<sup>126</sup>. "It would have been a rather extraordinary thing to give a legal estate under the statute to one who did not already have an equitable estate. It was only in later times that the view was accepted that the beneficiary of an active as well as of a passive trust has an equitable estate in the trust property"<sup>127</sup>.

Por otro lado, el segundo caso en que el estatuto no ejecutaba al *use* era cuando había separación entre el interés legal y el interés 'equitable'. "Se sostenía que un *use* que surgía en un término de años no era ejecutado por el estatuto"<sup>128</sup>. Esto era así, ya que el estatuto no hacía referencia a 'chattels personal' o a 'chattels real'. El estatuto sólo se refería a los casos donde una persona "'is seised to the use of another', and one is not seised but possessed of a leasehold interest'"<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Ibidem, página 22, citado de Ames, Lectures on Legal History 245 (1913).

<sup>127</sup> Ibidem, página 22.

<sup>128</sup> Ibidem, página 22.

<sup>129</sup> Ibidem, página 22.

“En el tribunal de la cancillería el interés del *cestui que use* de un término por años estaba protegido. Aunque el estatuto no ejecutaba un use que surgía en un término de años, éste ejecutaría un use por un término de años surgido en un ‘*freehold estate*’<sup>130</sup>. La explicación a la diferencia se encuentra en un texto del siglo XVII: “If I be seised of land in fee, and convey it to D.L. and his heirs, to the use of W.S. his executors and administrators for twenty years, or for any other number of years, in this case the use will be executed within the statute: but in case where I be possessed of a term of years in being, and it to friends to any uses and purposes in trust, this is out of the Statute of uses, and orderable in Chancery only, where if the trust be broken, I must have remedy”<sup>131</sup>.

Finalmente, el tercer caso que no ejecutaba el estatuto, ya que era posible mantener la separación entre el interés legal y el interés ‘*equitable*’ (interés en equidad) a pesar del estatuto, era cuando un use surgía de un use, aunque el primer use se ejecutaba no así el

---

<sup>130</sup> Ibidem, página 22.

<sup>131</sup> Ibidem, páginas 22-23; citado de *Compleat Attorney* 315 (1656).

segundo<sup>132</sup>. Esto se sostuvo en el caso de Tyrrel's de 1557<sup>133</sup>.

“Antes que el caso de Tyrrel se decidiera el canciller había sostenido que un use en un use era completamente nulo. El fundamento para ello era uno de ‘repugnancia’. Un use surgido de otro era considerado como ‘repugnante’ a éste y por ende nulo”<sup>134</sup>. En el caso de Tyrrel (2 Dyer 155a, Benl. 61 (ed. 1669), 1 And. (Anderson's Report) 37, pl. 96 (1557)) se expresa que la limitación de otro use es meramente contraria al primer use y que ellos no pueden estar juntos”<sup>135</sup>. En el siglo XVII el canciller rechazó la idea de que un use en un use era repugnante y sostuvo su validez en ‘equity’<sup>136</sup>. Desde ese momento los jueces del *common law* se vieron impedidos de ejecutar los *uses* en *uses* por razón de la doctrina del *stare decisis*<sup>137</sup>.

La pertinencia de esta decisión consiste en que este tipo de use sobrevive a la ejecución del estatuto y surge como *trust* pasivo en el siglo

---

<sup>132</sup> Ibidem, página 23.

<sup>133</sup> Ibidem, página 23.

<sup>134</sup> Ibidem, página 23.

<sup>135</sup> Ibidem, página 23 nota 7, citando a Ames, Lectures on Legal History 243-247 (1913).

<sup>136</sup> Cf. ibidem, página 23.

<sup>137</sup> Cf. ibidem, página 23.

XVII. También en esta época el derecho del *trust* se sistematiza y hace que no se utilice el *trust* como un mecanismo para evadir el derecho<sup>138</sup>. Es aquí que se hace necesario por parte de los tribunales de *equity* determinar hasta dónde las doctrinas de derecho expresaban una política real y correspondiente a la vida y por ende a la *equity*<sup>139</sup>.

En esta etapa se puede apreciar cómo el canciller ha desarrollado su antiguo concepto de *uses* del siglo XV y le ha conferido una nueva idea del *trust* basada en concepciones clara de política pública y de la naturaleza del derecho<sup>140</sup>. Esto es la base del *trust* moderno como se puede apreciar en las palabras de Lord Mansfield: "In my apprehension, trust were not on a true foundation, till Lord Nottingham held the Great Seal. By steadily pursuing, from plain principles, trust in all their consequences, and by some assistance from the Legislature, a noble, rational, and uniform system of law has been since raised. Trust are made to answer the exigencies of families and all purposes, without producing one

---

<sup>138</sup> Cf. *ibidem*, página 24.

<sup>139</sup> Cf. *ibidem*, página 24.

<sup>140</sup> *Ibidem*, página 24.

inconvenience, fraud or private mischief, which the Statute Hen. 8 meant to avoid”<sup>141</sup>.

Durante esta etapa se ve un desarrollo acelerado de la institución del *trust* que la lleva hasta el *trust* moderno. En Inglaterra se promulgan varias leyes relativas al *trust* como *Mortmain and Charities Act* de 1736, *The Trust Act* de 1893, la *Judicial Trustee Act* de 1896, la *Public Trustee Act* de 1906, la *Settled Land Act*, *Law of Property Trustee Act* de 1925, la *Recreational and Charities* de 1958, la *Charities Act* de 1960, la *Trustee Investment Act* de 1961, la *Perpetuities and Accumulation Act* de 1964 y la *Trust Act* de 2000<sup>142</sup>. “La Ley sobre Organización Judicial de 1873 estableció que en caso de conflicto entre las normas del derecho común y las de equidad prevalecerían éstas (las de equidad) y aun cuando en la actualidad los dos sistemas se han fusionado, los problemas de *trust* son conocidos por una sala especial de la Corte de Justicia”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Ibidem, páginas 24-25, nota 8: *Burges v. Wheat*, 1 W.Bl. 123, 160, 1 Eden 177 (1759).

<sup>142</sup> Cf. RODRÍGUEZ AZUERO, S., op. cit., 22 nota 40, Béraudo, Jean Paul, *Le trust anglo-saxons et le droit français*. Ed. L.G.D.J.. Paris 1992, página 5.

<sup>143</sup> Idem, página 22.

## **1.2 El desarrollo del Derecho de propiedad en el *common law* en relación al *trust***

Para poder entender el origen de la institución del *uses* y consiguientemente del *trust* en relación al concepto de propiedad que subyace en ésta ha de entenderse primeramente el trasfondo histórico, social y económico de la época de su origen. El *common law* se desarrolla en el marco de una sociedad feudal. El trasfondo histórico se encuentra en la victoria de Guillermo El Conquistador en Hasting, la conquista normanda de 1066 tan bien ilustrada en el tapiz de Bayeux. Una de sus consecuencias inmediatas consistió en que "todo el suelo inglés pasó a su propiedad, de forma que se configura un sistema de centralización política en donde toda persona, cualquiera que sea su nivel, posee la tierra solamente como vicario del soberano central"<sup>144</sup>. La tierra constituía la riqueza y ésta era propiedad del soberano. Esa idea de que el soberano, la Corona, es el titular de toda la tierra y de que la ciudadanía sólo puede ser titular de un interés limitado sobre esa tierra constituyendo aún hoy en día el fundamento del Derecho de propiedad inglés<sup>145</sup>. El sistema feudal

---

<sup>144</sup> AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., op. cit., página 106; citado de Pound, R., *The spirit of the common law*. Boston 1921, páginas 20-25.

<sup>145</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C.:

inglés al igual que el sistema feudal continental estaba formado mediante una estructura piramidal, en la cual primero estaban los 'tenants' que eran los señores que reciben la tierra de la Corona, y luego en segundo lugar venían los vasallos intermedios y al final en el tercer y nivel más bajo se encontraban los siervos de la gleba<sup>146</sup>. Los vasallos y subvasallos tenían distintos intereses (*estates*) sobre la propiedad y a cambio le ofrecían sus servicios al rey o al señor feudal<sup>147</sup>.

En relación a los derechos reales ingleses lo propio estriba en su continuidad desde la época feudal ya "que la configuración de la propiedad de la tierra de un 'tenant' venía indicada por su

---

, El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1997, página 23; citado de Cfr. Zweigert, K. - Kötz, H.: An introduction to Comparative Law, Vol. I, Oxford, 2ª ed., 1987, paginas 189-190.

<sup>146</sup> Cf. AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., op. cit., página 106.

<sup>147</sup> Cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., op. cit., página 23: "Los *estates* que se podían tener eran el derecho a la tenencia o *holding* de la tierra de por vida (*estate for life*), el derecho a hacerlo en tanto se tuvieran descendientes directos (*estates in fee tail*) y el derecho a la tenencia de la tierra en tanto se tuvieran herederos (*estate in fee simple*)". tomado de: Cfr. Hayton, D.: The law of trust, London, 1989, página 9; "El concepto del *estate in fee simple* constituye aún hoy en día la base del Derecho de propiedad anglosajón". Cf. James, P.S.: Introduction to English law, London, 12ª ed., páginas 421-497.



'estate', y al ser único propietario directo sobre la tierra la Corona, el objeto de propiedad de un privado era un 'estate in land'. El 'estate' podía durar toda la vida de su titular actual u originario, o transmitirse en el tiempo hasta sus últimos descendientes"<sup>148</sup>. Estas categorías se asemejan a "la propiedad absoluta (*ownership*) o también denominada 'fe simple', donde 'fee' deriva de 'feudum' variante de 'fief'; siendo a partir del siglo XIII cuando se le permite al titular disponer por un acto inter vivos, aunque no se puede transferir por medio de testamento"<sup>149</sup>. En términos del derecho sucesorio de la propiedad sobre la tierra, se encuentra entonces bajo el 'Common Law' y, por ende, está sometido a las reglas de la transmisión hereditaria de la época feudal<sup>150</sup>. El principio general consiste en que el propietario (concesionario) no puede designar mediante un acto de *mortis causa* a la persona a quien deben pasar sus tierras después de su muerte. No existe libertad de testar para la 'real property', pero sí para la 'personal property'<sup>151</sup>. Como se puede apreciar, el soberano o el señor feudal ejercían un poder omnímoto sobre la tierra: "cada transmisión del *estate mortis causae* estaba gravada por un canon (el denominado

---

<sup>148</sup> AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., op. cit., páginas 106-107.

<sup>149</sup> Ibidem, páginas 106-107.

<sup>150</sup> Cf. ibidem, 107.

<sup>151</sup> Cf. ibidem, página 107.

*relief*) y la corona podía privar al titular del *estate* en caso de traición o si éste fallecía sin dejar un heredero varón. El titular del *estate* no podía incluir sus derechos sobre la tierra en su testamento y éstos no se transmitían a mujeres o niños. Si los servicios debidos en relación al *estate* eran militares, el Rey o el señor feudal podían, por tanto, poseer la tierra hasta la mayoría del heredero"<sup>152</sup>.

Ahora ha de verse cómo este trasfondo histórico-jurídico influye en la aparición del *use*, antecedente del *trust*. Ha de compararse con la concepción del derecho de propiedad en un sistema de derecho civil.

Se puede describir el *uses* de la época de la siguiente manera: "(E)l *use* es una institución surgida como un modo de transmitir la propiedad, en donde una persona tiene la propiedad de un bien mueble o inmueble en beneficio de otra persona. Se trata de la asignación de la propiedad legal a una persona, con el objeto de que el uso real de la cosa pertenezca a otra

---

<sup>152</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C., op. cit., páginas 23-24; tomado de Cfr. Fratcher, W. F.: *Trust. International Encyclopedia of comparative Law*, vol. VI, Cap. 11, Tübingen 1973, páginas 8-12; Waters, D.W.: *The institution of the trust in civil and common law. Rec. des cours*, 1995, t.252, páginas 165-184.

persona, a quien no es posible designar legalmente propietario. Al beneficiario se le denomina en anglonormando: *cestui qeuse*"<sup>153</sup>.

Entonces el que el *trustee* y el beneficiario sean titulares de intereses distintos sobre un bien es expresión de un concepto de propiedad fundamentalmente distinto al concepto de propiedad en el ordenamiento jurídico español y otros ordenamientos jurídico de tradición civilista. Esta división de la propiedad no se realiza necesariamente en términos cuantitativos, como ocurre en los países de Derecho civil a partir de la revolución francesa cuando se reintroduce el concepto absoluto de propiedad proveniente del Digesto, sino que se concibe, además, en función de criterios cualitativos o funcionales<sup>154</sup>. "En el caso del *trust*, *trustee* y *beneficiary* son titulares de facultades distintas sobre unos mismos bienes: el *trustee* tiene el derecho y la obligación de administrar y disponer del bien<sup>155</sup> y

---

<sup>153</sup> AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., op. cit., páginas 108-109.

<sup>154</sup> Cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., op. cit., páginas 21.

<sup>155</sup> Ibidem, página 21-22, nota 19, "Las facultades de administración del *trustee* comprenden el derecho de disposición, puesto que el Derecho anglosajón parte de la idea de que un *management* eficaz requiere que el *trustee* tenga, en principio y salvo lo que disponga el instrumento del *trust*, la facultad de disponer. Tomado de Batiffol, H., *Trust. The trust problema as seen by a French lawyer*, Choix d'articles, Paris, 1976, páginas 239-247.

el *beneficiary* tiene ciertas facultades de goce y disfrute. La posición de uno y otro depende de lo que establezca el instrumento del *trust*. Tanto los intereses del *beneficiary* como los del *trust* guardan, no obstante, relación con la propiedad, tal y como se entiende en los sistemas de Derecho civil, y no constituyen *iura in re aliena* como nuestros derechos reales”<sup>156</sup>.

La noción absoluta de propiedad, correspondiente a la del derecho civil se asemeja más al concepto de *personal property* del derecho anglosajón<sup>157</sup>. “En relación al resto de bienes lo máximo que puede detentarse es la titularidad de un conjunto de intereses económicos que configuran lo que se conoce como un *estate*. (...) (E)n el Derecho anglosajón las facultades que nosotros asociamos a la propiedad aparecen de manera dividida y en principio no existe límite alguno a la configuración de *estates*, es decir, a la combinación de facultades”<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, op. cit., páginas 21-22.

<sup>157</sup> Cf. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., op. cit., página 22, nota 20, “Nuestra división de los bienes inmuebles y bienes muebles no equivale tampoco a la distinción entre *real property* y *personal property*. Nosotros clasificamos en función de la naturaleza del bien, el Derecho anglosajón lo hace en virtud de la naturaleza de las acciones relativas a ese bien”. Cf. David, R.: *Le droit anglais*, Paris 1965, páginas 102-104.

<sup>158</sup> *Ibidem*, página 22.

## 1.3 El desarrollo y funcionamiento de los tribunales de Inglaterra

### 1.3.1 Los tribunales reales

Para poder comprender el rechazo de los tribunales de *common law* a entender las controversias surgidas por el incumplimiento del *feoffee* a lo establecido en el *use*, es imprescindible explicar el origen y funcionamiento de dichos tribunales en la época.

El origen de los tribunales ingleses puede remontarse a los siglos XII y XIII cuando en la monarquía inglesa se establece el sistema de justicia penal. Lo que viene a ser el *common law* no era otra cosa que el derecho de los tribunales del rey<sup>159</sup>. Es decir, el derecho común (*common law*) de todo el país. "A diferencia del sistema penal, que estaba administrado localmente en nombre del rey, la justicia civil estaba más centralizada"<sup>160</sup>. El caso civil comenzaba por medio de un *writ*. Este se obtenía en la Cancillería del rey en Londres. Mediante este *writ* se citaba al demandado para que contestara en uno de los tribunales centrales. Estos estaban localizados en Londres<sup>161</sup>. "Técnicamente, en los

---

<sup>159</sup> LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 86.

<sup>160</sup> Ibidem, página 86.

<sup>161</sup> Ibidem, página 86.

tribunales y la cancillería, se encontraban fuera de los límites de la entonces ciudad de Londres. Específicamente en el suburbio de Westminster<sup>162</sup>. En términos generales el *writ* podrá plantear dos tipos de controversias, una controversia de hecho (*dispute of facts*) o una controversia de derecho (*point of law*). En caso de contener una controversia de derecho, entonces el tribunal la resolvía sin más procedimientos. En caso de contener una controversia de hechos, entonces, el tribunal la refería un 'juicio por jurado' (*trial by jury*) con la competencia sobre el asunto<sup>163</sup>.

El *writ* era expresión de la voluntad del rey y los procedimientos iniciados por el *writ* en muchos casos se llevaban a cabo en sus tribunales<sup>164</sup>. "Con el correr del tiempo, tanto los *writs* como los tribunales pasaron por un proceso de separación del rey y se hizo rutinario y se institucionalizó<sup>165</sup>.

"El '*royal civil justice*' comenzó como justicia excepcional para los casos en los cuales el demandante alegaba que había sufrido o habría de encontrar una justicia 'default' en el tribunal

---

<sup>162</sup> Ibidem, página 86, nota 2.

<sup>163</sup> Ibidem, página 86.

<sup>164</sup> Ibidem, página 86.

<sup>165</sup> Ibidem, página 86.

local o señorial<sup>166</sup>. Con el paso del tiempo, los tribunales del rey desplazaron paso a paso los antiguos tribunales. Los tribunales del rey ofrecían no sólo un foro alterno, sino que también una forma de prueba, el principio del jurado, el cual se convirtió en el instituto característico de la solución de controversias de hecho en los procedimientos del *common law* civil<sup>167</sup>.

### 1.3.2 Los writs

El término *writ* (*brevia*) significa simplemente escrito y proviene del término inglés '*writing*' (escrito)<sup>168</sup>. Su uso como escritos sellados para comunicar las órdenes reales era anterior monarquía normanda<sup>169</sup>.

La preparación de los *writs* se llevaba a cabo en la Secretaría del rey, que era la cancillería, de la cual el *Lord Cancellor* era su cabeza. Con los *wirts* se comenzaría el litigio civil. En la cancillería se preparaban casi todos los escritos del rey, ya fuera sobre asuntos extranjeros o del gobierno de Inglaterra<sup>170</sup>. "Para fines del siglo XIV la cancillería tomaría como sede principal a

---

<sup>166</sup> Ibidem, página 86.

<sup>167</sup> Ibidem, página 86.

<sup>168</sup> Cf. ibidem, página 86

<sup>169</sup> Cf. ibidem, página 93.

<sup>170</sup> Cf. ibidem, página 93.

Westminster. Allí también se encontraba el palacio de Londres, donde estaban los tribunales centrales y que hoy día es la casa del Parlamento”<sup>171</sup>.

### **1.3.3 Los tribunales de *common law***

#### **1.3.3.1 *Common Pleas***

El tribunal principal del *common law* durante el tiempo medieval fue el *Common Bench*, llamado posteriormente el *Court of Common Pleas*. Era en este tribunal en donde regresaban muchos de los *writs*<sup>172</sup>.

Allí se trabajaba de forma colegiada. Los litigantes de dicho tribunal eran *commonness* y el *plea* (súplica o petición) era lo que vinculaba a los *commonness*. En el *Court of Common Pleas* se presentaba todos los *writs* en los que estaban involucrados o concernientes de '*freehold land*'<sup>173</sup>. La importancia de este tribunal de *Common Pleas* para la mayoría de los *Landholders* radicaba en el hecho de que los que redactaron la Carta Magna obligaron al rey a prometer que dicho tribunal se mantendría en un lugar fijo, que sería el palacio

---

<sup>171</sup> Ibidem, páginas 93-94.

<sup>172</sup> Cf. ibidem, página 119.

<sup>173</sup> Cf. ibidem, página 119.



de Westminster en Londres<sup>174</sup>. La jurisdicción consistiría en todas las acciones reales y personales que trataran de derecho de propiedad y que requirieran un procedimiento formal y pausado y que pueda ser llevado a cabo convenientemente en un tribunal sedentario<sup>175</sup>.

### **1.3.3.2 *King's Bench***

Como el tribunal de *Common Pleas* se encontraba en Westminster, Londres, entonces el tribunal de *King's Bench* continuaría junto al rey a donde éste se moviera. Su jurisdicción sería la residual real a la del tribunal de *Common Pleas*. En el siglo XIV este tribunal comenzó a asumir responsabilidad sobre los asuntos penales. También, el tribunal del *King's Bench* tenía jurisdicción sobre las peticiones. Esta jurisdicción estaba basada en la premisa de que el rey es la fuente de la justicia y retiene la autoridad de actuar para evitar injusticias y que el tribunal de *King's Bench* puede ejercer su autoridad en nombre del rey<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Cf. *ibidem*, página 119.

<sup>175</sup> Cf. *ibidem*, página 119.

<sup>176</sup> Cf. *ibidem*, página 120.

### 1.3.3.3 *Exchequer*

El tribunal de *Excheter* se desarrolló en asociación con el departamento de ese mismo nombre, que tenía la responsabilidad de la oficina de finanzas con el encargo de auditar y llevar la contabilidad. El departamento de *Excheter* era la organización financiera principal del rey con la responsabilidad especial de velar por el cobro de impuestos y de los desembolsos. Por mucho tiempo en el siglo XII sus oficiales tuvieron cada vez más la responsabilidad de atender la litigación civil. Aunque el tribunal de *Common Pleas* atendía la mayor parte de la litigación civil, el tribunal creado con el *Excheter* continuó atendiendo las disputas especiales legales de negocios que surgían de los impuestos<sup>177</sup>. En comparación con los tribunales de *Common Pleas* y de *King's Bench* el tribunal de *Excheter* jugó un papel de menor importancia en el desarrollo del *common law*<sup>178</sup>.

### 1.3.4 Jurisdicción de los tribunales de *Equity*

Ante la imposibilidad de que los tribunales de *common law* le concedieran un remedio al demandante, ya que no había ningún *writ* o acción que lo justificara, y por ende, el remedio

---

<sup>177</sup> Cf. *ibidem*, página 120.

<sup>178</sup> Cf. *ibidem*, página 120.

solicitaba no podía ser impartido por dicho tribunal y esto llevaría a una situación de inequidad, entonces los demandantes se dirigieron al rey, específicamente al canciller para solicitarle que actuara y concediera un remedio. “El rey justiciero soberano, debía garantizar la justicia a sus súbditos; se legitimaba su intervención por un defecto de la técnica jurídica”<sup>179</sup>. La jurisdicción de los tribunales de la cancillería, también llamados tribunales de *equity* o de conciencia, como se verá, tenía como fundamento dos principios: **'equity follow the law'** ('La Equidad respeta el derecho'<sup>180</sup>) y **'equity acts in personam'** (la equidad actúa en la persona).

La relación entre los tribunales de common law y de la cancillería se puede encontrar en el desarrollo de dos principios mediáticos de la cancillería: **'equity follow the law'** y **'equity acts in personam'**<sup>181</sup>. Estas dos máximas fueron las que le dieron forma al periodo de la *Equity*. Por un lado, en términos del derecho sustantivo el principio rector fue del de **equity follow the law**

---

<sup>179</sup> DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Décima primera edición. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, página 236.

<sup>180</sup> Según la traducción de ibidem, página 236.

<sup>181</sup> LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 286 y DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., op. cit., página 236 y 238.

y, por otro lado, en el campo del derecho procesal el principio rector fue **equity acts in personam**<sup>182</sup>.

#### 1.3.4.1 *Equity follow the law*

Con el principio de que '**equity follow the law**'<sup>183</sup> se expresa que la jurisdicción de la cancillería es una complementaria<sup>184</sup>. Según Maitland, "equity was not a self sufficient system at every point equity presupposed the existence of the common law"<sup>185</sup>. Se toma como ejemplo la figura jurídica del *trust*. No tiene use para el equity decir que A es un *trustee* de Blackacre para B, a menos que haya algún tribunal que pueda decir que A es el dueño de Blackacre. La equidad sin el *common law* sería un castillo en el aire, una imposibilidad<sup>186</sup>. Específicamente el principio expresa que el tribunal de la cancillería habrá de

---

<sup>182</sup> Cf. LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 286 capítulo 5 nota 71; Citado de D.E.C. Yale, "Introduction", in Lord Nottingham's "Manual of Chancery Practice" and "Prolegomena of Chancery and Equity", página 17.

<sup>183</sup> LANGBEIN, J. H. et al. expresan que David Yale es de la opinión que la máxima de que *Equity follow the Law* tiene sus raíces en la obra de Aristóteles *Ética a Nicómaco* y que se tajo a la literatura del equity inglés en la obra de Saint German, Doctor and Student. DEC Yale, "Introduction", in 1 Lord Nottingham's Chancery Caseslii, n.2. (DEC Yale ed. 1957) (2 vols. 1957, 1961) (Selden Soc., vols. 73, 79) tomado de LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 339, capítulo 5 nota 76.

<sup>184</sup> Cf. ibidem, página 287.

<sup>185</sup> Ibidem, página 287 citando a Maitland.

<sup>186</sup> Ibidem, página 287.

tener diferencias de lo establecido en los tribunales de *common law*, excepto que haya una razón de peso para no hacerlo<sup>187</sup>. La mecánica de la recta aplicación del principio establece entonces, que en términos procesales le corresponde al peticionario en el tribunal de la cancillería el peso de convencer al tribunal de la cancillería de que en caso de no intervenir se estaría ante una situación de inequidad<sup>188</sup>. "El principio de '*presumptive deference to the common law*' acentúa la regla de que el remedio en equidad es un extraordinario y que sólo se garantiza cuando habrá de ocurrir un daño irreparable en caso de que el tribunal de la cancillería no intervenga"<sup>189</sup>. Como consecuencia de ello encontramos la regla del daño irreparable, mediante la cual se prefiere una compensación por daños sufridos sobre el remedio específico en el *common law*<sup>190</sup>. Es importante en este punto resaltar que el hecho del respeto o deferencia del tribunal de la cancillería por el tribunal del *common law* y sus decisiones no implica que se relegase al olvido la ley moral. "Respetar el derecho, sin embargo, no implicaba que se soslayara la ley moral; es en nombre de ésta última que el canciller invocaba su legitimidad para

---

<sup>187</sup> Ibidem, página 287.

<sup>188</sup> Ibidem, página 287.

<sup>189</sup> Cf. ibidem, página 287.

<sup>190</sup> Ibidem, página 287.

intervenir”<sup>191</sup>. En este sentido sería inadmisibles que mediante el *summus ius* se llegara a la *summum inuria*<sup>192</sup>.

Un ejemplo de ello sería el siguiente: “El *common law* percibía al proceso como una especie de torneo en donde el juez tenía la función de simple árbitro. Cada una de las partes debía aportar sus propias pruebas, pero carecía de algún remedio para obligar a su contraparte a emitir, un documento que estuviera en su posesión. La jurisdicción del *canciller*, podría una vez más, intervenir y obligar a una de las partes, a través de *discovery order*, a emitir tal documento”<sup>193</sup>. Otro ejemplo de ello es el siguiente: “Un contratante entrega a su contraparte un bien, en base a la confianza, para que realice actos de administración respecto de este bien en el interés de un tercero, Este tercero pudiera haber tenido incompatibilidades, o franca imposibilidad, para devenir propietario. De aplicarse el *common law*, la persona que ha recibido el bien (el trustee) deviene propietario pura y simplemente; la obligación contraída de administrarlo a favor de un tercero carece de valor. El *canciller* dará

---

<sup>191</sup> DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., op. cit., página 236.

<sup>192</sup> Cf. *ibidem*, página 236.

<sup>193</sup> *Ibidem*, página 237.

curso a esta obligación; al hacerlo no trasgredirá el *common law*, ni negará la calidad de propietario del trustee del bien; pero agregará al *common law*, sancionando la obligación asumida por el trustee"<sup>194</sup>. En los casos anteriores se confirma el principio de que *equity follows the Law*, ya que no se violenta el *Common law* sino que el canciller interviene en nombre de la moral para complementarlo. El canciller interviene en equidad por razones justificadas por las exigencias de la conciencia, que no son otra cosa que exigencias de la moral<sup>195</sup>. "La Corte de la Cancillería intervenía "en equidad", sin pretender modificar las reglas del *common law*, administradas por las cortes. Esto terminó finalmente por justificar la intervención de la Corte de la Cancillería; pero fundamentalmente prevalecieron las exigencias de conciencia. La conciencia era una solución que se ofrecía para superar las deficiencias de un derecho. Contra este derecho que trasgredía la conciencia, era precisamente contra el que actuaba la Equity"<sup>196</sup>. Esta manera de proceder del canciller corresponde tanto a su deber de representar la conciencia del rey como a su preparación teológica y canónica, ya que muchos de ellos eran clérigos. Para hemos de explicar la figura del canciller.

---

<sup>194</sup> Ibidem, página 237.

<sup>195</sup> Cf. ibidem, página 238.

<sup>196</sup> Ibidem, página 238.

#### **1.3.4.2 *Equity acts in personam* (Conciencia<sup>197</sup>)**

Cuando se habla de la conciencia como criterio rector y decisonal en el tribunal de la cancillería, encontramos en las fuentes que este concepto se utiliza con una doble acepción en momentos diferentes. Se usa en sentido de la conciencia del demandado como también la conciencia del canceller.

##### **1.3.4.2.1 Conciencia del demandado**

Por un lado, en una etapa temprana del tribunal de la cancillería se utiliza el término refiriéndose a la conciencia del demandado. El tribunal de la cancillería, también llamado tribunal de equidad y tribunal de conciencia, busca apelar a la conciencia del demandado para que cumpla con un deber moral que no está protegido por los tribunales de common law, pero que en el ámbito moral y, por ende, es un deber que ha de cumplirse en conciencia. Para ello la cancillería se vale del recurso de la *subpoena*, partiendo del principio de que ese tribunal actúa sobre la persona, *equity acts in personam*, para apelar a su conciencia y cumpla con lo establecido por ejemplo en el trust. Un ejemplo de ello es el

---

<sup>197</sup> WOLF, J., op. cit., páginas 37-47; LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., páginas 313-318.



siguiente texto en el que se expidió una *subpoena* por la cancellería para que dos *executors* comparecieran ante la cancellería y un deudor. Uno de ellos había condonado una deuda a favor de una herencia sin el consentimiento del otro.

#### 1.3.4.2.2 Conciencia del Canciller

El siguiente texto sobre un caso es ejemplo de cómo se aplicaba la conciencia del Canciller:

*"Fineux said that no remedy lay here; for each executor has full and complete power and one may do everything that his companion might do, and so the release made by him was good.*

*The Chancellor*<sup>198</sup>. *Nullus recedat a Curia Cancellariae sine remedio. [No one departs from the Court of Chancery without remedy]; and it is against reason that one executor shall have all the goods and shall make a release by himself.*

*Fineux. Si nullus recedat sine remedio, ergo nullus indiget esse confessus [If no one departs without remedy, no one needs to be confessed]. But Sir, the Law of the Land covers many things, and many things are sued here which are without remedy at the Common Law, and so these latter lie*

---

<sup>198</sup> LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 314 capítulo 5 nota 147; citando a John Morton, Archbishop of Canterbury, obtuvo los grados de derecho civil y derecho canónico en Oxford, Inglaterra; fue decano del tribunal de Arches, el principal tribunal de eclesiástico inglés y sirvió como master in Chancery (Master of the Rolls) de 1472 a 1477. (Christopher Harper-Bill, Morton, John (d. 1500), in Oxford Dictionary of National Biography (2004), en <http://www.oxforddnb.com/view/article/19363>, accesado por última vez 27 de septiembre de 2007.

*in conscience between a man and his confessor; and this is such a case.*

*The Chancellor. Sir, I know well that each Law is, or ought to be, in accord with the Law of God; and the Law of God is that an executor, who is of evil disposition, must not waste all the goods, etc. And I know well that if he does so waste and makes no amends or satisfaction, so far as he is able, or will not make restitution, so far as he he is able, he shall be damned in Hell. And to make remedy for such an act as this, as I think, is well done according to conscience”<sup>199</sup>.*

Aquí tenemos un texto donde se aprecia el tema de la conciencia como la conciencia del canciller:

*“Equity in law is the same that the spirit is in religion, what every one pleases to make it. Sometimes they go according to conscience, sometimes according to Law, sometimes according to the rule of Court. Equity is a roguish thing: for law we have a measure, know what to trust to. Equity is according to the conscience of him that is Chancellor, and as that is larger or narrower so is equity. ‘This all one as if they should make the standard for measure we call a foot to be the Chancellor’s foot, what an uncertain measure would this be; one Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot; ‘tis the same thing in the Chancellor’s conscience”<sup>200</sup>.*

---

<sup>199</sup> Idem, páginas 313-314; citando a Y.B. 4 Hen. 7 fol. 4, Hil, pl. 8 (Ch. 1489), reprinted in C.H.S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract* 326 (1949).

<sup>200</sup> Ibidem, página 316; citando a *Table Talk of John Selden* 43 (F. Pollock ed. 1927) (1<sup>st</sup> ed. 1689).

El autor de este pasaje, John Seldon, fue un jurista cuya obra se publicó póstumamente en 1689, varios años luego de su fallecimiento en el 1654. Durante dos siglos posteriores a su muerte el derecho sustantivo de equidad pasó por un proceso de refinamiento, durante el cual tres grandes cancilleres se asocian a este proceso. Estos son Lord Nottingham (1673-1682), Hardwicke (1737-1756) y Eldon (1801-1827)<sup>201</sup>. En el caso de Nottingham, éste expresó en relación al concepto de conciencia del canciller, "que si la equidad no está atada a ninguna regla... todo puede ser arbitrario"<sup>202</sup>. Nottingham estableció la diferencia entre su conciencia natural y su conciencia civil como canciller. La conciencia civil no es otra cosa que el nuevo sistema de derecho. De esta manera el criterio de la conciencia tanto del demandado como del canciller va perdiendo poco a poco el peso que tenía antes<sup>203</sup>.

Existen dos formas de utilización del concepto de conciencia en el tribunal de equidad.

---

<sup>201</sup> Cf. *ibidem*, página 317.

<sup>202</sup> *Ibidem*, página 317, capítulo 5 nota 153; citando a D.E.C. Yale, "Introduction", in Lord Nottingham's "Manual of Chancery Practice" and "Prolegomena of Chancery and Equity", 194.

<sup>203</sup> Cf. *ibidem*, página 317.

Por un lado, se refieren los textos a la conciencia del demandado. Cuando hablamos de la conciencia del demandado se ha de tener en cuenta que la conciencia es un rasgo característico de la persona natural. Por lo tanto, no se puede apelar a la conciencia de una persona jurídica, ya que ésta no tiene conciencia. Esta es la razón por la cual a una persona jurídica no se le podría encontrar moralmente responsable. Sí en el mundo jurídico se sanciona legalmente a la persona jurídica, pero no en el ámbito del fuero interno, en el ámbito de la conciencia. Sólo puede hablarse de conciencia en las personas naturales que componen y actúan en nombre de la persona jurídica. Estas toman decisiones en nombre de la persona jurídica que representan y, por ende, generan responsabilidad tanto en el ámbito legal como en el moral. En relación a apelar a la conciencia en el tribunal de equidad se refiere a la persona natural. En un primer aspecto a la persona del demandado. En este sentido se habla de que el tribunal de equidad actúa sobre la persona, *equity acts in personam*. Esta es una de las máximas jurisdiccionales de dicho tribunal. El tribunal de *equity* emite una orden, llamada *subpoena*, al demandado para que comparezca ante el tribunal. En caso de desacato, desobediencia a la orden del tribunal, entonces la consecuencia podría consistir en que un funcionario del tribunal, como sería el caso del alguacil, podría

hacerlo traer bajo arresto e incluso encarcelarlo. También en caso de que el tribunal de equidad emitiera una resolución del caso en la que ordenara al demandado a cumplir con su obligación moral y este se negara a cumplir, entonces lo podría encarcelar para hacerlo reflexionar y mover su conciencia al cumplimiento de la obligación. Inclusive el tribunal podría ordenar el embargo y venta de los bienes del demandado<sup>204</sup>.

Por otro lado, ha de señalarse también que el tribunal de equidad actúa en nombre del rey, cuando el demandante apela a éste en busca de una solución en equidad apelando a la conciencia del rey. Se puede afirmar que el tribunal actúa en nombre del rey. El canciller actúa en nombre de la conciencia del soberano, del rey. Ese es el segundo aspecto de la utilización del concepto de conciencia en el tribunal de equidad, también llamado tribunal de la cancillería y tribunal de conciencia<sup>205</sup>.

Estas son las acepciones en la utilización del concepto de conciencia en el tribunal de

---

<sup>204</sup> Cf. WOLF, J., op. cit., páginas 40-41.

<sup>205</sup> Cf. ibidem, páginas 40-41.

equidad. Su utilización ha sido concurrentemente<sup>206</sup>.

### **1.3.5 Canciller<sup>207</sup>**

“En el periodo de formación del tribunal de la Cancillería, los cancilleres eran eclesiásticos y hombres de estado. Por una parte, de los diez y ocho incumbentes desde Edmund Stafford en 1396 hasta Thomas More en 1532, casi todos fueron obispos o arzobispos y varios fueron cardenales. Además, estaban bien versados en la administración eclesiástica. Varios habían estado íntimamente vinculados a la administración real antes de llegar a ser cancilleres. Por otra parte, cuatro habían estudiado teología, cinco habían estudiado derecho civil y cuatro habían estudiado derecho civil y canónico. Cuatro de ellos legaron extensas bibliotecas con textos de derecho civil y canónico<sup>208</sup>.

Esta formación de los cancilleres hace que el tribunal de la cancillería estuviese influenciado por el derecho romano y canónico, no sólo en lo

---

<sup>206</sup> Cf. *ibidem*, páginas 40-41.

<sup>207</sup> *Ibidem*, 31-33.

<sup>208</sup> LANGBEIN, J. H. et al., *op. cit.*, página 279, citando a Timothy S. Haskett, *The Medieval English Court of Chancery*, 14 *Law & Hist. Rev.* 245, 260 (1996).

sustantivo sino que también en lo procesal. Los procedimientos en el tribunal de la cancillería consistían en recopilar la prueba, examinando testigos y recopilando toda la prueba documental pertinente. Esto se dirigía a una adjudicación basada en la prueba y sin la intervención de la institución del jurado. Estos procesos eran bien conocidos en Inglaterra en el ámbito de la práctica derivada del derecho romano y canónico y utilizado en los tribunales eclesiásticos. A través del periodo de formación del tribunal de la cancillería, los cancilleres eran obispos y entre sus responsabilidades se encontraban el encargarse de los asuntos del tribunal de cancillería. Aunque el canciller no estuviera educado en el derecho canónico, sí debería estar profundamente familiarizado con este derecho. Por esta razón existe un amplio consenso en la academia de que los procesos en la cancillería se derivan en algún grado del modelo romano canónico<sup>209</sup>.

En el siglo XVI se experimentó un alza de abogados de *common law*, conocidos como *common lawyers*, en la cancillería<sup>210</sup>. Es importante realzar que durante el periodo de los Tudor la cancillería atravesó por un cambio importante. El trabajo administrativo y gubernamental disminuyó y

---

<sup>209</sup> Cf. *ibidem*, página 280.

<sup>210</sup> Cf. *ibidem*, página 280.

el canciller se convirtió principalmente en un juez<sup>211</sup>. También en este periodo ocurre otro cambio significativo en la formación del canciller. El canciller Thomas Cardenal Wolsey, canciller de 1515 a 1529, fue el último de los grandes cancilleres eclesiásticos de tipo medieval. Su sucesor fue Tomás Moro<sup>212</sup>, canciller de 1529 a 1532, quien fue el primer canciller abogado del *common law*, teólogo y laico. El último de los

---

<sup>211</sup> Cf. ibidem, página 280.

<sup>212</sup> Cf. WOLF, J., op. cit., página 32. Ver también: JUAN PABLO II, Carta Apostólica, en forma de muto propio para la proclamación de Santo Tomás Moro como patrono de los gobernantes y de los políticos, Libreria Editrice Vaticana 2000;

[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/motu\\_proprio/documents/hf\\_jp-ii\\_motu-proprio\\_20001031\\_thomas-more\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu-proprio_20001031_thomas-more_sp.html); recuperado el 31 de marzo de 2014: (Número 3) "En 1532, no queriendo dar su apoyo al proyecto de Enrique VIII que quería asumir el control sobre la Iglesia en Inglaterra, presentó su dimisión. Se retiró de la vida pública aceptando sufrir con su familia la pobreza y el abandono de muchos que, en la prueba, se mostraron falsos amigos. Constatada su gran firmeza en rechazar cualquier compromiso contra su propia conciencia, el Rey, en 1534, lo hizo encarcelar en la Torre de Londres donde fue sometido a diversas formas de presión psicológica. Tomás Moro no se dejó vencer y rechazó prestar el juramento que se le pedía, porque ello hubiera supuesto la aceptación de una situación política y eclesiástica que preparaba el terreno a un despotismo sin control. Durante el proceso al que fue sometido, pronunció una apasionada apología de las propias convicciones sobre la indisolubilidad del matrimonio, el respeto del patrimonio jurídico inspirado en los valores cristianos y la libertad de la Iglesia ante el Estado. Condenado por el tribunal, fue decapitado. Tomás Moro, junto con otros 53 mártires, entre ellos el Obispo Juan Fisher, fue beatificado por el Papa León XIII en 1886. Junto con el mismo Obispo, fue canonizado después por Pío XI en 1935, con ocasión del IV centenario de su martirio".



cancilleres clérigo fue el obispo John Williams (1621-1625); y el último de los cancilleres que no era abogado fue 'Earl of Shaftesbury' (1672-1673). Su sucesor fue Lord Nottingham (1673-1682), quien como abogado influyó enormemente en el desarrollo del derecho sustantivo del *equity*. Por esta razón se dice que bajo el mandato de Nottingham la jurisdicción del *equity* se tornó de tal manera que era imposible para uno que no fuera abogado el ejercer dicha posición<sup>213</sup>. Ya para el siglo XVIII era imprescindible para el canciller ser abogado y político, debido a que servía en la Cámara de los Comunes y también servía como el Oficial de Derecho de la Corona, es decir, como Procurador General (Attorney-General o Solicitor-General)<sup>214</sup>.

Con el principio de '**equity acts in personam**', en la forma "en que la Corte de la Cancillería actuaba siempre fue la misma. Equity acts in personam: la Corte de la Cancillería pronunciaba sus resoluciones, a través de órdenes o de mandamientos dirigidas a la parte requerida; en igual forma le ordenaba o le prohibía, comportarse de tal o cuál manera, y le imponía invocando a su alma (no debe olvidarse que la Corte de la Cancillería originalmente era eclesiástica), un comportamiento conforme a las

---

<sup>213</sup> Cf. LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 280.

<sup>214</sup> Ibidem, página 280.

exigencias de la ley moral y de la conciencia. La parte requerida, de contradecir la orden que le hubiere sido dada, se arriesgaba a la prisión o debería de asumir el riesgo de ver sus bienes requisados por la fuerza y embargados. La intervención de la Corte de la Cancillería sólo interviene si puede amonestar a la parte requerida y aplicarle eficazmente las sanciones que le pudiera haberle impuesto; las reglas que determinaban la competencia de la Corte del Cancillería eran en consecuencia diferentes en cuanto a su naturaleza de aquellas que determinaban la competencia de las cortes de *common law*"<sup>215</sup>.

A estas órdenes se le conocen con el nombre de interdictos o '*injunctiions*'. Los tribunales de *equity* acogieron esta manera de proceder, ya que los tribunales de *common law* sólo podían dictar una sentencia que obligara a una compensación en dinero<sup>216</sup>. Es importante que significar que los *injunctiions* se podían aplicar a muchas situaciones y no sólo a cuando ocurría una interferencia contra la propiedad<sup>217</sup>. Una de estas órdenes consistía en el cumplimiento específico (*specific performance*)<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., op. cit., página 238.

<sup>216</sup> Cf. WOLF, J., op. cit., página 34.

<sup>217</sup> Ibidem, página 34.

<sup>218</sup> Ibidem, página 35.

“La teoría jurisdiccional (*Equity acts in personam*) del temprano Tribunal de la Cancillería consistía en que el canciller estaba por el rey y que los ciudadanos tenía la obligación de obedecer el mandato expedido en el cumplimiento de la responsabilidad del rey de hacer justicia”<sup>219</sup>. El poder del canciller de mandar a arrestar a cualquiera que recibiera una orden de comparecencia ante su presencia, la presencia del tribunal de la cancillería, contaba a su favor en el con el apoyo del aparato real. Para poder cumplir con el procedimiento en el tribunal de la cancillería era preciso que las partes y los testigos comparecieran ante él para prestar testimonio bajo juramento. De no cumplir entonces se activaba el remedio del arresto y prisión. Esto servía de una manera de presionar al cumplimiento. “Desacatar, el desacato a las órdenes del canciller en referencia al *injunction* (interdicto) o *specific performance* (cumplimiento específico) podía conllevar prisión en Fleet, una prisión de Londres<sup>220</sup>”.

“El principio de que ‘*equity acts in personam*’ expresa no sólo la base de la autoridad de la cancillería, sino que sirve para minimizar, al menos conceptualmente, el conflicto entre la

---

<sup>219</sup> LANGBEIN, J. H. et al., op. cit., página 286.

<sup>220</sup> Cf. ibidem, página 286.

cancillería y el *common law* que surgía cuando la cancillería privaba el derecho de *common law* del demandado”<sup>221</sup>. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso del *trust*, cuando el canciller ordena el cumplimiento del *trust*. El canciller le ordena al *feoffee* (fiduciario), quien es el propietario del *trust* conforme al *common law* de que trate la propiedad con si el beneficiario fuera realmente el propietario<sup>222</sup>. Como se puede apreciar el canciller imparte una orden a una persona para que actúe, pero no cambia la realidad jurídica. Sólo busca hacer justicia apelando a la conciencia del ordenado mediante la presión de prisión y embargo.

### **1.3.6 La equidad**

La Equity del *common law* tiene su origen como se ha podido apreciar de lo anterior en la formación canónica de los cancilleres de los tribunales de Equity. Sería provechoso auscultar el dignificado que tiene este concepto en la formación de los cancilleres eclesiásticos de dicho tribunal.

La *aequitas* “(t)iene su incidencia no sólo en la norma jurídica, sino también en el momento de

---

<sup>221</sup> Ibidem, página 286.

<sup>222</sup> Cf. ibidem, página 286.

su aplicación. La equidad canónica se convierte en el soporte de muchos cambios e instituciones así como de adaptaciones jurídicas que incidirán en el Derecho Civil”<sup>223</sup>.

Lo importante de la *aequitas* canónica es que introduce en el derecho medieval un principio de valoración para flexibilizar la rigidez del derecho positivo en referencia a las circunstancias particulares del caso<sup>224</sup>. Por lo tanto, la *aequitas* no significa meramente justicia, sino que la Iglesia reinterpreta el aforismo '*Summum ius summa iniuria*', afirmando que una aplicación literal de la ley podía llevar a resultados ajustados a Derecho y no obstante injustos”<sup>225</sup>. Por esta razón es que se verifica caso a caso si lo que se lograría mediante el derecho positivo superaría el juicio de la ética cristiana<sup>226</sup>. Por consecuencia de esto no ser así, el juzgador de los hechos debería de decidir conforme a justicia y no a lo establecido en ley<sup>227</sup>. “La '*aequitas*' pasa de concepto jurídico a concepto ético convirtiéndose en piedra de toque para calibrar el derecho”<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R., op. cit., página 36.

<sup>224</sup> Cf. ibidem, página 37.

<sup>225</sup> Ibidem, página 37.

<sup>226</sup> Cf. ibidem, página 37.

<sup>227</sup> Cf. ibidem, página 37.

<sup>228</sup> Ibidem, página 37.

Desde la conquista normanda de Inglaterra se introducen innumerables elementos de la cultura continental, específicamente del Derecho romano y del derecho canónico<sup>229</sup>. Uno de estos elementos fue el concepto de la *aequitas* y de la *bona fides* entre otros.

Precisamente mediante la estructura de los procedimientos jurídicos es que se inserta la influencia continental romana y canónica en el derecho inglés, específicamente por medio del *Court of Chancery* (Tribunal de Cancillería Real)<sup>230</sup>. "Cuando se contempla de cerca esta piedra

---

<sup>229</sup> Cf. *ibidem*, página 87; citando a Koschaders, P.: Europa y el Derecho romano. Trad. esp. Madrid, 1955, págs. 307 y ss. "La producción legislativa normanda tiene inspiración romana canónica, pues se denota la influencia del italiano Lafranc, eclesiástico con formación canonística que enseñaba derecho romano, y que acompañó a Inglaterra a Guillermo el Conquistador que fue nombrado Arzobispo de Canterbury y miembro del Consejo real. Además, en torno a Vaccarius en el 1139 se funda en Oxford una Escuela de Derecho Romano, con arreglo a la metodología bolognesa. Sus enseñanzas producen una fuerte reacción de los juristas ingleses fuertemente vinculados al *Common Law*, que temían perder sus posiciones de monopolio por la concurrencia con juristas de diferente formación. Se trata de juristas agrupados en torno a la Corte Real, convirtiéndose en juristas oficiales opuestos a cualquier influencia extraña".

<sup>230</sup> Cf. *ibidem*, página 87; citando a Holdsworth, *The Ecclesiastical Courts and their jurisdiction*. en *Selecte essays on Anglo-American legal History*. II. Frankfurt, 1968,

de rosetta que es la *equity* y que hace inteligibles los caracteres jurídicos anglosajones, no puede sustraerse a la impresión de que a su través no le están hablando distantes principios germánicos... ni aún romanos, sino los que subyacen en el concepto más clásico de la *aequitas* canónica"<sup>231</sup>. Por lo tanto, la *equity* del derecho inglés proviene de la tradición jurídica canónica por razón de la formación universitaria de derecho romano y canónico de los juristas que ejercieron posteriormente en tribunal de equidad y también en los tribunales eclesiásticos ingleses.

### **1.3.7 Procedimiento en la Cancillería**

El tribunal de equidad o Corte de la Cancillería examinaba las controversias que le presentaban según el procedimiento correspondiente y con un sistema probatorio diferente al de los tribunales de *common law*<sup>232</sup>. El procedimiento era el siguiente: Al tribunal de la Cancillería se recurría a través de un *writ of subpoena*, ya que ésta no reconocía las *forms of action* (medios de acción) del *common law*. Como el procedimiento en

---

págs. 298; Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa. Milano, 1982, páginas 497 y ss.

<sup>231</sup> Ibidem, página 88, citando a Navarro Valls, R.: La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española., en Anuario de Derecho Eclesiástico, páginas 80-81.

<sup>232</sup> Cf. DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., op. cit., página 239.

el tribunal de equity (Corte de la Cancillería) se originó en el procedimiento del derecho canónico y no aceptaba la participación de un jurado, entonces se daba mayor importancia a la documentación escrita y a la conformación de un expediente<sup>233</sup>. "A todo lo anterior habría que agregar otras atribuciones jurisdiccionales que ejercía la Corte de la Cancillería; se recurría así constantemente a ella para que dictara instrucciones al fiduciario (*Trustee*) en cuanto a la gestión de bienes que habían sido confiados (...)"<sup>234</sup>.

David señala que existen cinco características fundamentales hasta el 1875 que hacen diferente la equity del *Common Law*. Primero las reglas de la *Equity* tienen un origen diferente a las del *common law*. Las reglas del *Equity* surgen del Tribunal de la Cancillería y las del *common law* de los tribunales de Westminster. Segundo, en los procedimientos de la *Equity* no se admitía la institución del jurado. Tercero, los remedios que ordena el Tribunal de *Equity* difieren a los tribunales de *common law*. Como se vio anteriormente los tribunales de *common law* pueden condenar al pago de indemnización por daños y perjuicios y los tribunales de la cancillería

---

<sup>233</sup> Cf. *ibidem*, página 239.

<sup>234</sup> *Ibidem*, página 239.



utilizan el *injunctio* y el *specific performance*. Cuarto, el otorgamiento de un remedio es uno discrecional, no así en los tribunales de common law. Quinto, la admisión o no de la petición (*bill*) del demandante en el tribunal de la cancillería está sujeto a la consideración de ciertas circunstancias y por lo tanto discrecional<sup>235</sup>.

La siguiente tabla comparativa nos puede ayudar para visualizar las similitudes y diferencias de ambos procedimientos.

---

<sup>235</sup> Cf. *ibidem*, página 239 y también complementado con DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. (Derecho comparado). Madrid: Aguilar, 1969, página 269.

## Comparación de los procedimientos en los tribunales de *common law* y de la cancillería

<u>Fase procesal</u>	<u>Common law</u>	<u>Equity</u>
Investigación	Writ; también <i>King's Bench bill</i>	Petición ( <i>bill</i> )
Proceso	Confiscación ( <i>Distrain</i> ) <sup>236</sup>	Subpoena
Testimonio de parte	Se descalifican las parte por interés	Contestaciones bajo juramento
Producción de Documentos	No disponible	' <i>Bill</i> ' de descubrimiento
Obligación del testimonio de los testigos	No disponible hasta Ley de Perjurio (1563) o poco antes	Testigos examinados bajo juramento, típicamente en interrogatorios preparados por la parte
Adjudicación	Mediante jurado	Canciller
Remedios (Relief)	Adjudicación de Daños	Remedios específicos

Las leyes de la Judicatura inglesas entre los años 1873 a 1875 permitieron que los tribunales pudiesen expresarse conforme a al Derecho, es decir, al *common law* y al *equity*. Esto significó

---

<sup>236</sup> *Distrain*: The right of a landlord to seize the property of a tenant which is in the premises being rented, as collateral against a tenant that has not paid the rent or has otherwise defaulted on the lease, such as wanton disrepair or destruction of the premises.  
<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/D/Distrain.aspx>;  
 21.10.2013; *Distrain*: Retención de bienes muebles de una persona, legal o ilegalmente. RIVERA GARCÍA, I., Diccionario de Términos Jurídicos. Orford, New Hampshire: Equity, 1985, página 335.

que el *common law* y el *equity* se habrían de administrar concurrentemente por ambas jurisdicciones<sup>237</sup>.

#### **1.4 Proceso de codificación del trust**

Además de la legislación que reguló el trato del *trust* bajo una misma jurisdicción de tribunales, podemos ver que el *trust* también ha sido objeto de un proceso de legislación. Esto trae consigo que muchas disposiciones que antes había que buscarlas en la jurisprudencia o el *common law* sobre el *trust*, ahora se encuentra legislada o codificada. Esto lo vemos en las siguientes leyes concernientes al *trust* en Inglaterra: *The Trust Act de 1925*; la *Judicial Trustee Act*, la *Public Trustee Act*, la *Perpetuities and Accumulations Act de 1964* y la *Variation of Trust Act*<sup>238</sup>. Legislaciones muy parecidas se han aprobado tanto en Canadá como en Australia<sup>239</sup>.

En los EE.UU. el proceso de codificación tuvo un primer intento a principios del siglo XIX, pero

---

<sup>237</sup> Cf. *ibidem*, página 240.

<sup>238</sup> Cf. HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., *The Law of Trust and Trustees. A Treatise Covering the Law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with forms.* Third edition. Sections 1-46. Minnesota: Thomson West, 2007, páginas 32-33.

<sup>239</sup> Cf. *ibidem*, página 33.

este se canalizó en un primer lugar mediante el *American Law Institut* y la publicación de los llamados *Restatement of Law*. Entre los *Restatement of Law* publicados se encontraba el *Restatement of Trust*. Otra iniciativa fue la creación de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* desde 1922<sup>240</sup>. El primer intento para codificar el derecho del trust culminó con la publicación del *Uniform Trust Code*, que fue completado por los comisionados de la Comisión Uniforme en el año 2000 y enmendado en los años 2001, 2003, 2004 y 2005. El *Uniform Trust Code* provee un modelo abarcador para la codificación del derecho del *trust*<sup>241</sup>. Este recibió los endosos y aprobación de la *American Bar Association (A.B.A.)*, la *A.B.A. Real Property, Probate and Trust Law Section*, entre otras<sup>242</sup>.

Actualmente 26 jurisdicciones de lo EE.UU. han adoptado el *Uniform Trust Code*. Entre ellas se encuentran 25 Estados federados y el Distrito de Columbia (Washington D.C.). Los Estados que han aprobado leyes a base del *Uniform Trust Code* son: Alabama, Arizona, Arkansas, Florida, Kansas,

---

<sup>240</sup> Cf. *ibidem*, pagina 34.

<sup>241</sup> Cf. NATIONAL CONFERENCE COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Law Commission. Legislative Enactment Status y Legislative Fact Sheet-Trust Code. <http://www.uniformlaws.org>, recuperado: 29 de julio de 2013.

<sup>242</sup> Cf. *ibidem*.

Maine, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, West Virginia y Wyoming. En el 2013 el Estado de New Jersey introdujo una legislación al respecto. Esto hace que sean 27 jurisdicciones que han adoptado el *Uniform Trust Code*<sup>243</sup>.

"El *Uniform Trust Code* desea proveer a los Estados de una guía precisa, abarcadora y fácilmente accesible de los asuntos del derecho del *trust*. En asuntos en los que los Estados difieren o en los cuales el derecho no es claro o desconocido el Código quiere proveer por primera vez una regla uniforme"<sup>244</sup>.

El Código contiene 94 secciones -incluyendo subdivisiones de las 11 secciones 'oficiales'- que tratan de varios aspectos del *trust* como su creación, validez, modificación y terminación entre otras.

---

<sup>243</sup> Cf. *ibidem*.

<sup>244</sup> NATIONAL CONFERENCE COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Uniform Trust Code* (2005). Prefatory Note, March 7, 2005, online: <http://www.nccusl.org>.

En relación al *trust* en Canadá y Quebec es "particularmente interesada significar que al menos un sistema de common law ha caído en la necesidad de codificar y ha visto la ventaja de la codificación de las reglas relacionadas al *trust* en orden de darle a la institución un marco en el cual se pueda desarrollar. Está claramente demostrado,..., que la codificación del derecho no condena una institución legal o rige a una uniformidad absoluta y a una inmovilidad total. De hecho, la codificación de ciertos aspectos del *trust* provee una oportunidad para la reflexión generalizada y mayor armonización de sus principios, conceptos y operación" <sup>245</sup>.

"Históricamente el concepto de un *trust* no fue reconocido en la jurisdicción de derecho civil de Quebec porque la idea de un propiedad dividida en títulos (*Split-title ownership*) no se encontraba en el derecho civil. Sin embargo, el derecho civil de Quebec reconoce ahora el concepto del *trust*" <sup>246</sup>. El artículo 1261 del Código Civil de Quebec<sup>247</sup> (C.C.Q.) establece lo siguiente sobre

---

<sup>245</sup> GRENON, A. y BÉLANGER-HARDY, L (edited by), *Elements of Quebec Civil Law: A comparison with the common law of Canada*. Toronto, Ontario, Canada: Thomson - Carswell, 2008, páginas 186-187.

<sup>246</sup> GILLESE, E. E. y MILCZYNSKI, M., *The Law of Trust*. Second Edition. Toronto, Ontario: Irwin Law, 2005, páginas 17-18.

<sup>247</sup> Los artículos del C.C.Q, fueron tomados de la siguiente versión trilingüe: CODE CIVIL DU QUEBEC. Código civil de

la naturaleza del fideicomiso (*fiducie o trust*): "El fideicomiso resulta de un acto por el cual una persona, el fiduciante, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él constituye, bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario se obliga, por el hecho de su aceptación, a poseer y a administrar". Conforme al artículo 1261 del C.C.Q.: "El patrimonio fiduciario, integrado con los bienes transferidos por fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto de los patrimonios del fiduciante (*constituant, settlor*), del fiduciario (*fiduciaire, trustee*) o del beneficiario (*bénéficiaire, beneficiary*), sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real". Para Gillese y Milczynski el efecto de este tipo de *trust* en Quebec "es crear un *trust* que aparenta ser muy similar al concepto 'equitable' de un *trust* en el common law de Canadá. El Código además acepta el *trust* creado para propósitos personales, privados y comerciales. El efecto neto de estos cambios al Código Civil de Quebec es que el *trust* puede ser creado ahora y usado en todo Canadá"<sup>248</sup>.

---

Quebec = Code civil du Québec = Civil Code of Quebec. Comprend un index. Texte en espagnol, en français et en anglais. Édition à jour au 31 mars 2008. Wilson & Lafleur Limitée. Montreal (Québec) 2008.

<sup>248</sup> GILLESE, E. E. y MILCZYNSKI, M., *The Law of Trust*. Second Edition. Toronto, Ontario: Irwin Law, 2005, páginas 17-18.

Es de sumo interés como mediante una figura tan propia de los sistemas de common law como lo es el *trust* esté pasando por un proceso de desarrollo hacia la codificación a la manera de los sistemas de derecho civil. Esto se puede apreciar en la gran cantidad de legislación que regula el *trust* tanto en Inglaterra como en las diferentes jurisdicciones estatales de los EE. UU. y de otros países.



## Capítulo 2: El trust y la propiedad en la tradición jurídica del *common law*

### 2.1 La noción de trust en las jurisdicciones de *common law*

"In England, it is said that for a valid private trust to arise there must be 'three certainties': certainty of words (intent), certainty of subject matter (property), and certainty of objects (beneficiaries)"<sup>249</sup>. Estas tres certezas son los elementos constitutivos del *trust*. De estas tres la que nos interesa es la relación del *trustee* con la propiedad del *trust*, es decir, del '*subject matter*' o *res* del *trust*.

Nos dice Fratcher que "(b)ajo el *common law* el *trust* es una forma por la cual una persona conocida como un *trustee* mantiene un interés propietario (*proprietary interest*) sujeto a un deber fiduciario para usar los derechos, privilegios, poderes e inmunidades el cual constituye el interés para el beneficio de (1) un beneficiario humano, (2) caritativo o (3) un propósito definido no-caritativo. Se permiten

---

<sup>249</sup> ROUNDS, C. E. and ROUNDS, C. E. III, Loring. *A Trustee's Handbook*. 2013 Edition. New York: Wolters Kluwer Aspen Publisher, 2013, página 22.

trustees múltiples, concurrentes o sucesivos, beneficiarios múltiples, concurrentes o sucesivos, y propósitos múltiples, concurrentes o sucesivos”<sup>250</sup>.

En las enciclopedis jurídicas norteamericanas encontramos que se define de la siguiente manera:

“The fundamental nature of a trust is the division of title, with the trustee being the holder of legal title and the beneficiary that of equitable title. By definition, the cration of a trust must involve a conveyance of property. A trust exist where the legal title to property is held by one or more persons, under an equitable obligation to convey, apply, or deal with such property for the benefit of other persons. A trust has been defined as a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arise as a result of a manifestation of an intention to create it”<sup>251</sup>.

También:

“In general terms, a ‘trust’ may be defined as the right, enforceable in equity, to the beneficial enjoyment of property, the legal title to which is in another” (Pack v. Osborn, 117 Ohio St. 3d 14, 2008-Ohio-90, 881 N.E.2d 237 (2008))”<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Fratcher, W. F., op. cit., páginas 7, citando a Underhill 3, página 73, 102, 221 y Restatement of Trust 2d secc. 3 comment d.; traducción nuestra.

<sup>251</sup> 76 Am. Jur. 2d. Trust § 1, páginas 30-31.

<sup>252</sup> 90 C.J.S., § 2 Trustee, página 131.

En el Restatement of Trust se define al trust como una relación jurídica fiduciaria relacionada con una propiedad:

"A trust, (...), is a fiduciary relationship with respect to property, arising from a manifestation of intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of charity or for one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee"<sup>253</sup>.

En resumen, podemos decir entonces que el trust del common law es una institución jurídica en la cual un constituyente (settlor) le transfiere una propiedad a un fiduciario (trustee) para que la administre en beneficio de otro llamado beneficiario. El fiduciario mantiene un título legal y el beneficiario mantendrá un título en equidad. Ambos son propietarios con diferentes titularidades.

---

<sup>253</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third. Trust. Restatement of the Law Third. Volume 1. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, 2003. (Restatement of Law Third. Trust I), Trust §2 Definition, página 17.

## 2.2 La propiedad en el *trust*; desdoblamiento (desmembramiento) de la propiedad

Según el U.T.C. el *trust* se crea de la siguiente manera: "A trust may be created by: (1) transfer of property to another person as trustee during the settlor's lifetime or by will or other disposition taking effect upon the settlor's death; (2) declaration by the owner of property that the owner holds identifiable property as trustee; or (3) exercise of a power of appointment in favor of a trustee"<sup>254</sup>.

El Restatement Third nos dice sobre la propiedad del *trust*, primeramente que el término '*propiedad del trust*' se refiere a cosas o interés en cosas que constituyen el *trust* a diferencia del '*subject matter*' del *trust* que se usa para significar la cosas mismas, uno o varios intereses en los cuales se apoya el *trust*<sup>255</sup>. Pero para referirse a la propiedad del *trust* como un todo, se utiliza el término '*trust estate*'<sup>256</sup>. "Aunque la propiedad mantenida en *trust* usualmente consiste del '*legal interest*' sobre cosas tangibles e intangibles, el '*equitable interests*' también puede ser mantenido en *trust*. La

---

<sup>254</sup> U.T.C., SECTION 401. METHODS OF CREATING TRUST.

<sup>255</sup> Cf. Restatement of Law Third. Trust. Vol. 1. secc.3, comment b., página 36.

<sup>256</sup> Cf. *ibidem*, página 36.

*propiedad del trust se denomina a veces 'trust res' (...)*"<sup>257</sup>.

La importancia de la propiedad *del trust* consiste en que no puede haber *trust* sin una propiedad que le de razón de ser. "La definición usual de un *trust* incluye tres elementos: un *trustee*, un beneficiario y una propiedad de *trust*. Ya que un *trust* es método de disposición de, o administrar, propiedad, se dice que no puede existir un *trust* sin una propiedad de *trust*, muchas veces llamada *res*. (...) Cuando se examina el significado de propiedad, sin embargo, encontramos que ésta se puede referir a alguna cosa más allá de un terreno o de dinero. El *trust res* puede ser un dólar o un centavo o puede ser cualquier interés en la propiedad que pueda ser transferido. Remanentes contingentes, intereses de arrendamiento, choses in action, regalías, pólizas de seguros de vida, cualquier cosa que se llame propiedad, puede ser puesta en *trust*"<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> Restatement of Law Third. Trust. Vol. 1. secc.3, comment b., página 36.

<sup>258</sup> DUKEMINIER, J., Satanley M. JOHANSON, S. M., LINDGREN, J. y SITKOFF, R. H., Wills, Trust, and Estates. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers. 2005, páginas 508-509. Hace referencia a Restatement (Third) of Trust sección 40 (2003). Traducción nuestra.

Al *trust res* se le conoce también como (e)l '*subject matter*' del interés propietario del *trustee* y puede consistir en las siguientes cosas: terrenos, edificaciones, mobiliario, enseres, dinero, intangibles (como acciones corporativas, bonos, '*promissory notes*', derechos contractuales y '*undocumented choses in action*', o cualquiera otra combinación de éstas<sup>259</sup>. También puede consistir en "una propiedad general (*general ownership*) o una propiedad de un interés menor, como un '*estate*' por años, un '*estate*' de por vida, un interés futuro, un interés '*reversionary*', una servidumbre, una hipoteca o una acción en común con otros".<sup>260</sup>. "Hay que decir que bajo algunos *trusts* el interés de ambos el *trustee* y el *beneficiario* son intereses propietarios sobre un fondo, el '*subject matter*' el cual cambia de tiempo en tiempo. Este no es siempre el caso. Es posible crear un *trust* para la venta de una finca particular la cual habrá de terminar cuando la venta se complete y se proceda a pagar al beneficiario"<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Cf. FRATCHER, W. F., op. cit., páginas 7 nota 5, citando a Underhill 67; Restatement of Trust 2d secc. 74 comment b, secc. 78 comment a, secc. 82 comment b.; traducción nuestra.

<sup>260</sup> Ibidem, páginas 7 nota 7, citando a Underhill 228, Restatement of Trust 2d secc 77 comment a, c, secc. 83, secc 84 comment a, secc. 85, secc. 88 comentario; traducción nuestra.

<sup>261</sup> Ibidem, páginas 7; traducción nuestra.

“En ausencia de prohibición estatutaria es posible crear un trust sobre una finca en particular bajo el cual el *trustee* carezca de poderes (facultades) de vender libremente el interés del beneficiario. Bajo los estatutos ingleses actuales el *trustee* no puede ser privado de poderes más allá de los intereses del beneficiario en la propiedad original del *trust* por venta, hipoteca o arrendamiento. Los poderes del *trustee*, estén o no relacionados con la propiedad, constituyen un interés propietario el cual es independiente de aquellos del beneficiario y el creador del *trust*, conocido como el constituyente; el *trustee* no ejerce sus poderes como agente o delegado de ninguno”<sup>262</sup>.

Por otra parte el beneficiario, tiene un interés propietario sobre el '*subject matter*', el cual no es una mera exigencia personal o un mero contrato contra el *trustee*<sup>263</sup>.

En término de los conceptos de propiedad del derecho civil podemos afirmar que “(n)i el *trustee*

---

<sup>262</sup> Ibidem, página 7 nota 10, citando a Underhill 450, Holdsworth VII (1926) 189; Restatement of Trust 2d secc. 8 comment b, secc. 14 comment c, secc 200 comment b, cf. secc. 37 comment a, secc. 57 comment b. Ver también Restatement of Property secc. 318 comments b, h.

<sup>263</sup> Cf. ibidem, página 7 nota 11, citando a Underhill 8; Restatement of Trust 2d secc. 14 comment a.

ni el *beneficiario* tienen un mero *ius in re aliena*. En otras palabras, los intereses de ambos del *trustee* y del *beneficiario* en el '*subject matter*' son intereses (derechos) *in rem*"<sup>264</sup>. En esto consiste una diferencia fundamental con las jurisdicciones de derecho civil en las que no existe el desdoblamiento o desmembramiento de la propiedad (*split ownership*). Precisamente así nos lo explica René David: "Más que vinculado con la noción de mandato al trust se le vincula con un desmembramiento de la propiedad; ciertos atributos de la propiedad (legal ownership) pertenecen al *trustee* (fiduciario) y otros atributos de la propiedad (*equitable ownership*) adscritos al *cestui que trust* (fideicomisarios)"<sup>265</sup>.

Tenemos que comparar esta concepción de la propiedad del *trust* en el Derecho inglés con la concepción romanista de la propiedad. Respecto a ello David nos expresa que para el jurista romanista resulta difícil analizar el *trust*: "Lo que nos desorienta en este análisis, es que la propiedad no se encuentra desmembrada en el supuesto del trust según los elementos de análisis que nos son familiares. Nosostros, en el derecho romanista presentamos la propiedad como la suma de tres prerrogativas reconocidas al propietario: el

---

<sup>264</sup> Ibidem, páginas 7-8; traducción nuestra.

<sup>265</sup> DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., op. cit., página 244.



*usus*, el *fructus* y el *abusus*. Este análisis, por más tradicional que sea, es sorprendentemente rudimentario; el trust nos obliga a darnos cuenta. Resulta poco elegante, para expresarlo de alguna forma, comprender dentro del mismo vocablo *usus* al derecho de usar un bien (habitar una casa) o al derecho de administrarla (ejecutar reparaciones, o conceder su uso a una tercera persona); resulta casi ridículo agrupar bajo un mismo vocablo el de *abusus* prerrogativas tan diferentes como el derecho a destruir materialmente un bien, y aquel de realizar sobre el bien actos de disposición. Una vez que se haya percibido la insuficiencia del análisis del contenido del derecho de propiedad, se puede comprender de mejor manera el *trust*. El *trustee* (fiduciario) es un propietario, cuyas prerrogativas se encuentran limitadas por el acta de constitución del trust y por las reglas de la Equity que fue desarrollado por la Corte del Cancillería. En la práctica, de forma general, le asiste el derecho de realizar sobre los bienes del trust actos de administración y de disposición; pero carece del derecho de uso (en el sentido literal del término), goce del bien y del derecho de destruirlo materialmente”<sup>266</sup>. Podemos afirmar, entonces, que “(e)l principio del desmembramiento de la propiedad resulta a los juristas ingleses tan natural como lo es en los derechos de Europa

---

<sup>266</sup> Ibidem, página 244.

contiental el principio de libertad contractual"<sup>267</sup>.

"Ya que tanto el *trustee* y el beneficiario tiene concurrentemente un interés *in rem* en el mismo 'subject matter', la creación del *trust* normalmente incluye una propiedad desdoblada o desmembrada (*split ownership*) del 'subject matter' entre el *trustee*, quien tiene algunos o todos los poderes de propietario, y el beneficiario, quien tiene la propiedad en beneficio (*beneficial ownership*) de la 'subject matter'"<sup>268</sup>. "En la literatura del *common law* este desdoblamiento de la propiedad se expresa comúnmente diciendo que el *trustee* tiene el 'legal title' y el beneficiario tiene el 'equitable title' sobre el 'subject matter'"<sup>269</sup>.

"Un *trust* privado en operaciones consiste de tres elementos, propiedad del *trust*, *trustee* y beneficiarios, pero las reglas que rigen la esencialidad de estos elementos para la creación del *trust* difieren. Los requisitos de propiedad del *trust* y de beneficiarios son absolutos. El requisito de un *trustee* es mucho menor; el *trustee*

---

<sup>267</sup> Ibidem, páginas 245.

<sup>268</sup> FRATCHER, W. F., op. cit., página 8.

<sup>269</sup> Ibidem, página 8.

es necesario para la efectividad de la administración del *trust* pero el *trust* casi nunca falla por falta de un *trustee* capacitado desde su origen”<sup>270</sup>. Pero el *trust* sí pudiese ser inválido si carece de un *trust res* o *subject matter*. Esto es esencial para la constitución del *trust*. Para ello la propiedad del *trust* tiene que estar definida o determinada como ocurre en el derecho civil cuando nos referimos a la determinación de la cosa para que pueda existir un derecho real. Aquí encontramos unos lazos de similitud entre ambos sistemas en relación con esta institución jurídica en relación al principio de especialidad de los derechos reales.

Entonces Fratcher nos dice que “(u)na propiedad definida, la cual el constituyente es dueño o sobre la cual éste tiene poder de disposición es esencial para la creación de un *trust*”<sup>271</sup>. Por ello, un interés en la propiedad que aún no exista no puede constituir un *trust*<sup>272</sup>. Ejemplos de esto lo serían: una declaración de *trust* de cosecha que va a crecer en el futuro, salario a ser generado en el futuro, acciones corporativas a ser adquiridas en el futuro o propiedad la cual el constituyente espera adquirir

---

<sup>270</sup> Ibidem, páginas 28. Traducción nuestra.

<sup>271</sup> Ibidem, página 28. Traducción nuestra.

<sup>272</sup> Cf. ibidem, página 28.

por sucesión de sus ascendientes que aún viven entre otras<sup>273</sup>. "Estas cosas no puede crear un *trust*, ni al momento cuando se hace o en fecha posterior cuando el constituyente adquiere la propiedad. Si se hace por un '*consideration*' de valor, esa declaración puede ser exigible como un contrato, pero es ineficaz como declaración de *trust*"<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> Cf. *ibidem*, página 28.

<sup>274</sup> *Ibidem*, página 28. Traducción nuestra.

## Capítulo 3: De la fiducia romana al negocio fiduciario

### 3.1 La "fides" romana

#### 3.1.1 En la sociedad romana

El trasfondo histórico-social de la fiducia y el fideicomiso romano se encuentra en el concepto de "fides" que tenía la sociedad romana. La *fides* es propiamente la lealtad a la palabra dada. "La *fides* tenía en Roma un profundo sentido religioso y, aunque está fuera del ordenamiento jurídico, todos los ciudadanos se veían compelidos en conciencia a cumplir lo prometido por la confianza. Su quebrantamiento se castigaba con la *infamia*, de graves consecuencias sociales y personales para el que la traicionó"<sup>275</sup>.

Cicerón nos dice que la 'fides' estaba unida a la fidelidad de la palabra dada: "Ahora bien, el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la veracidad en las palabras y en los compromisos contraídos. Por eso, aunque ello pueda parecer un tanto duro a alguno, osemos no obstante imitar a los estoicos, que averiguan

---

<sup>275</sup> CAMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta. Universidad de Navarra. Madrid: Dykinson, 1996, páginas 62-63.

con cuidado de donde proceden las palabras y creamos que la buena fe (*fides*) ha sido llamada así a causa de la frase 'que se haga (*fiat*) lo que se ha dicho (*dictum*)"<sup>276</sup>.

En el ámbito de los juramentos el anterior texto de Cicerón es muy ilustrativo. Lo mismo ocurre respecto al campo de los acuerdos internacionales. Lo primero lo vemos, según Nörr, en la definición de *fides* propuesta por Cicerón (De off. 1.23): "la *fides* es *dictorum conventorumque constantia et veritas*, es decir, la actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas o los acuerdos celebrados. En otro fragmento de esa misma obra, comenta (...) que incluso la *fides* de los juramentos hay que mantenerla frecuentemente frente a los enemigos (De off. 3.107): ... *fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda*"<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> CICERÓN, M. T., Los deberes. Barcelona: Editorial Vosgos, 1978, (I, 23) paginas 15-16, texto en latín de -, DE OFFICIIS. Cicero The Latin Library The Classics Page. <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>; recuperado 18 de diciembre de 2014: [23] *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.*

<sup>277</sup> NÖRR., D., La *fides* en el derecho internacional romano. 2da edición. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", 1996, página 18.

En este sentido Nörr explica el contexto de la expresión de Cicerón (De off. 3.104) citando al poeta latino Ennio: *O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iovis!* (Oh santa Fides alada y juramento de Júpiter!).

Muestra de la actitud romana ante la *fides* es el cumplimiento de la palabra dada por los representantes del gobierno romano ante sus enemigos, como lo fueron los cartagineses. “El cónsul romano Atilio Régulo fue prisionero de los cartagineses durante la primera guerra púnica. Con el fin de canjear prisioneros y de mediar un acuerdo de paz, fue enviado a Roma no sin antes haberse obligado por juramento a regresar a Cartago en caso de que se frustrasen los objetivos de su misión. Régulo abogó con éxito contra las propuestas de los cartaginenses, y -fiel a su juramento- regresó a Cartago, donde debió de morir martirizado”<sup>278</sup>.

Esta actitud romana está basada en otra expresión de Cicerón (De off. 3. 107): ‘Ahora bien, existe también un derecho de guerra, y con frecuencia hay que observar la fidelidad al juramento hecho al enemigo. Pues aquello que se

---

<sup>278</sup> Ibidem, página 18.

ha jurado de manera que el espíritu pensaba que debía ser cumplido, debe ser cumplido;...'

Según Schulz, "(l)os romanos se vanaglorian de su fidelidad, y contraponen orgullosamente la 'fidelidad romana' a la púnica o a la griega. Ser fiel es uno de sus principios vitales. (...) En realidad, los romanos tienden seriamente a la fidelidad y, para ellos, la infidelidad es una mancha social. (...) Cuando hablan de la *fides*, los romanos llegan a ser patéticos. El viejo Catón hacía notar enfáticamente que los antepasados habían construido el templo de la *Fides* sobre el Capitolio muy cercano al de Júpiter óptimo máximo. (Nota 8; Cicerón, 3,29, 104). Cicerón considera la fidelidad como 'lo más santo que hay en la vida' (nota 9, Cicerón, in Verrem, II, 3, 3,6: 'fidem sanctissimam in vita qui putat...'), y Valerio Máximo como 'la base de toda felicidad humana'. Valerio Máximo atina también cuando afirma que todo el mundo conoce la fidelidad romana. El autor del primer libro de los Macabeos (J. Macab. 8, 1 y 12) dice que 'los romanos tienen fama de conservar la amistad de sus amigos y la de los que se confían a ellos; y el autor del Evangelio de San Juan presenta incluso a Pilatos



como un hombre que mantiene su palabra: 'Lo que he escrito, escrito está' (Jn 19, 22)"<sup>279</sup>.

De los Mozos expresa sobre el concepto de la *fides* romana que "(t)odos los pueblos de la antigüedad, pero especialmente los romanos, conceden una extraordinaria importancia a la *fides*, revistiéndola incluso de un contenido religioso, que trasciende a los cultos ciudadanos y a los usos sociales, informando de este modo, la vida y la conciencia social (*mores*) de los romanos que, por medio de sus esquemas, tanto habían de influir en el Derecho"<sup>280</sup>.

Como se puede apreciar el concepto de *fides* en la sociedad romana constituía uno de los valores principales en las relaciones entre sus ciudadanos y ante los demás pueblos.

---

<sup>279</sup> SCHULZ, F., Principios Del derecho romano. 2da edición revisada y corregida. Madrid: Editorial Civitas, 2000, páginas 243-244.

<sup>280</sup> DE LOS MOZOS, J. L., El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1965, página 22.

### 3.1.2 En el derecho romano

En términos de las relaciones jurídicas en todos los ámbitos antes indicados encontramos que la *fides* también configuraba las relaciones jurídicas del pueblo romano. Por eso se puede afirmar que la *fides* es uno de los principios informadores del derecho romano. Según Nörr, "(la) *fides* es una de las categorías esenciales para la comprensión del ordenamiento jurídico romano, ya que encarna la expectativa de comportamiento conforme a la norma. De ahí que se refiera tanto a normas jurídicas como éticas o religiosas. (...) Sobre todo, en el ámbito de las relaciones internacionales, los romanos tenían a gala ser el pueblo de la *fides*, en contraposición a los pérfidos cartagineses o incluso los griegos"<sup>281</sup>.

También Schulz expresa que "(el) derecho romano debe al principio de fidelidad ciertas líneas particularmente características. Es significativo, ante todo, el pronto reconocimiento del negocio jurídico no solemne. La *fides* exige que se mantenga la palabra, cualquiera que sea la forma en que haya sido expresada"<sup>282</sup>. Esto aplica a los contrato consensuales como la compraventa,

---

<sup>281</sup> NÖRR., D., op. cit., página 16.

<sup>282</sup> SCHULZ, F., op. cit., páginas 244-245.

arrendamiento, sociedad, mandato, mutuo, depósito y el comodato<sup>283</sup>. "El fideicomiso era también, en origen, un ruego emitido y aceptado entre vivos, que obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra, sin perjuicio de que sólo a partir de Augusto, naciera de él una obligación jurídica (Inst. Iust. (2,23) 1)"<sup>284</sup>.

La *fides* romana encuentra aplicación en diferentes áreas del Derecho como se ha expresado por los autores anteriores. En esa misma línea De los Mozos sintetiza las áreas de la aplicación de la *fides* en el derecho siguiendo lo expresado por Schulz. Este la clasifica en el contexto de las relaciones internacionales y dentro del dentro de las relaciones jurídicas internas. Este expresa que "(d)e entre ellos, podemos destacar, en general, los dos siguientes: en la esfera de las relaciones internacionales, entre Roma y los pueblos que entran en relación con ella, en los más diversos sentidos, como *fides populi Romani*, que igualmente se manifiesta en el plano de las relaciones internas para fundamentar el poder político, el *venire in fidem*, como legitimación de poder y de fuerza. De donde surge una esfera de relaciones muy interesante y típica del Derecho romano, la de las relaciones con los extranjeros

---

<sup>283</sup> Cf. *ibidem*, página 245.

<sup>284</sup> *Ibidem*, página 245.

(*peregrini*) que desenvolviéndose dentro del *ius gentium*, da lugar a una de las canteras más típicas de la objetivación de la *fides*, como *bona fides*, propia de la corrección en el comportamiento de la vida mercantil, a la que se incorpora un indudable elemento ético, partiendo de la primera. Asimismo, de esa fundamentación en la *fides* de la propia *societas iuris*, nacen las más diversas aplicaciones, todas aquellas en que el poder social o jurídico se constituye y organiza a su imagen, apareciendo: en las relaciones de *patronato y clientela*, en general, o entre *patrono y liberto*, en particular; en las relaciones de *amicitia* privada en el ambiente de los senadores y los caballeros, y en el instituto del *consilium* que según Schulz, se insinúa en toda la vida jurídica romana; manifestaciones que se desarrollan paralelamente en la estructura misma de las instituciones privadas; así en la *tutela*, en la *gestión de negocios ajenos*, en las relaciones de *mandato*. Incluso, como observara el propio Schulz, el 'hecho de las *garantías personales* prevalezcan sobre las *garantías reales*, y que especialmente el Derecho hipotecario sea tan defectuoso en su organización, encuentra su explicación en el gran número de relaciones de fidelidad. A las aplicaciones indicadas pueden añadirse otras: *fiducia*, *fideicomiso*, *sociedad*, etc., o en un plano general, en relación con la *doctrina de las fuentes* (obligatoriedad para el

pretor de atenerse al propio edicto, irretroactividad del edicto, del senadoconsulto, de las constituciones, etc.), o con la *fidelidad al juramento*, o con el valor de la promesa”<sup>285</sup>.

En fin de cuentas podemos diferenciar la expresión de la *fides* romana en el ámbito del derecho romano en las relaciones inter vivos y mortis causa del derecho privado romano. Para efectos de este trabajo se discutirán las figuras jurídicas de la fiducia romana y la del fideicomiso romano, las cuales seguirán sus respectivos desarrollos en las instituciones del negocio fiduciario y de la sustitución fideicomisaria. Además, la *fides* romana encontrara una expresión en el derecho público romano pero ello trasciende los límites de la presente investigación.

### **3.2. La fiducia romana**

#### **3.2.1 Origen y desarrollo**

Según Rodríguez Rosado<sup>286</sup> define la fiducia romana de la siguiente manera: “la fiducia es un

---

<sup>285</sup> DE LOS MOZOS, El principio de la buena fe, páginas 23-24.

<sup>286</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, página 13;

contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designado por éste. Para exigir tal restitución, el fiduciante dispone de una acción *civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la actio fiduciae*".

El mismo autor señala que la fiducia entraña un doble aspecto. Por un lado, contiene el aspecto obligacional y, por otro lado, el aspecto real<sup>287</sup>. "La transmisión de la propiedad a través de un negocio abstracto se halla compensada por la obligación que asume el fiduciario de retransmitir el dominio al fiduciante. Esta confianza en recobrar la propiedad sirve para explicar la transmisión; pero no como causa de ésta propiamente dicha, porque al operarse la transmisión mediante un negocio abstracto, *mancipatio* o *in iure cessio*, éste no necesita de una causa para surtir sus efectos<sup>288</sup>".

---

citando a D'Ors, Derecho privado romano. Pamplona 1997, secciones 464 y 458.

<sup>287</sup> Ibidem, página 14.

<sup>288</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B., op. cit, páginas 13-14; citando a Fuenteseca, Líneas generales de la fiducia cum creditore. en Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener, Madrid 1994, página 393.

Sobre la *mancipatio* nos dice Kaser que era "un acto formal, mediante el cual una persona concede a otra la propiedad o un derecho similar al de propiedad, sobre individuos o sobre cosas"<sup>289</sup>. Si quien realiza la *mancipatio* de *res Mancipi* es su dueño, entonces se produce la adquisición de la propiedad<sup>290</sup>. "Cuando en el *mancipatio* se sustituyó el pago del precio real de compra por el símbolo consistente en la entrega de una moneda de cobre, la esfera de aplicación de la *mancipatio*, no siendo ya su posibilidad reducida a la simple compra-venta manual, experimentó una notable ampliación. Se emplea ahora para la transmisión de la propiedad (o del mencionado poder *mancipium*) en las cosas susceptibles de

---

<sup>289</sup> KASER, M., Derecho Romano Privado. 2da edición. Madrid: Reus, 1982, página 42. Sobre los detalles del ritual: Su ritual antiguo exige la presencia de cinco testigos por lo menos, los cuales deben ser ciudadanos romanos, púberes y requeridos para intervenir en el acto. Además interviene el portador de la balanza (*libripens*). A presencia transmitente y de las citadas personas el adquirente aprehende con la mano el individuo o la cosa objeto de la adquisición (de aquí *mancipatio*, mas antiguamente *mancipium* de *manus* y de *capere*) y pronuncia esta fórmula: *hunc ego hominem* (si p.ej., es un esclavo) *ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. El adquirente declara, por tanto, que el objeto le pertenece según el *ius civile* (*Quirites* es el nombre antiguo del ciudadano romano) y que este objeto debe ser considerado como comprado por el adquirente con este cobre y con la balanza de cobre. Al mismo tiempo que recita la anterior fórmula el adquirente golpea la balanza con la pequeña moneda de cobre. (*nummus unus*) o con un lingote de este metal, no amonedado (*rausdusculum*), moneda o lingote que entrega al transmitente *pretii loco*. (Vide Gayo 1, 119 también 120-122)".

<sup>290</sup> Cf. *ibidem*, 42.

*mancipatio* y para todos los fines permitidos: compra de créditos, donación, constitución de dote, *noxae deditio*, fiducia, extinción de responsabilidad, etc.”<sup>291</sup>. Lo importante es que se adquiere la propiedad aunque la causa sea ineficaz<sup>292</sup>.

En relación al pacto de fiducia, *pactum fiduciae*, éste puede insertarse en la *mancipatio*, si se acuerda con un acreedor “a quien se mancipa la cosa en función de garantía o seguridad de su crédito (*fiducia cum creditore contracta*). O bien la cosa es transmitida a una persona de confianza para obligarle a que la custodie, para que disponga de ella enajenándola a un tercero, o para que si se trata de un esclavo, lo manumita. En ambos casos, el transmitente o fiduciante tiene contra quien recibe la cosa o fiduciario un *actio fiduciae*, de carácter obligacional, para conseguir del fiduciario que proceda conforme al pacto convenido y no perjudique dolosamente (*dolo malo*) al fiduciante”<sup>293</sup>.

También mediante la *in iure cessio* (cesión ante el tribunal) como negocio transmisivo, se

---

<sup>291</sup> Ibidem, pagina 42.

<sup>292</sup> Cf. ibidem, pagina 112.

<sup>293</sup> Cf. ibidem, pagina 112.



puede transmitir la propiedad<sup>294</sup>. La *in iure cessio* es ya conocida por las XII Tablas, y como no requiere contra-prestación, puede utilizarse desde antiguo no sólo para la compra-venta, sino también para la donación, constitución de dote, *noxae deditio*, **fiducia**, etc."<sup>295</sup>. El fundamento o causa de la *in iure cessio* puede ser cualquiera de las causas que se enumeraron, y su validez no depende de la causa, la cual nunca se expresa; es, por tanto, un negocio abstracto<sup>296</sup>.

Respecto a la transmisión o no de la propiedad antes descrita por Kaser mediante la *mancipatio* y la *in iure cessio*, por el contrario "en la *Formula Baetica* se declara que la transmisión se opera *fidi fiduciae causa* y dice Fuenteseca que 'la

---

<sup>294</sup> Cf. *ibidem*, pagina 44. Sobre el acto: "El acto comienza como un verdadero litigio. Si hay que transmitir un esclavo comparecen con él transmitente y adquirente ante el pretor, y el adquirente recita la fórmula propia de la vindicación: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. En el proceso real el adversario respondería con una *contra-vindicatio* del mismo tenor, en la que afirmaría también su propiedad sobre el esclavo. En la *in iure cessio* el transmitente omite esta declaración y se conduce como un demandado que reconoce como verdadera la afirmación hecha por el actor. El transmitente guarda silencio o confiere la propiedad del adquirente (de modo no formal). El pretor entonces pronuncia su *addictio*, con la que confirma la propiedad del adquirente. La cooperación de ambas partes y del pretor confieren al adquirente la propiedad. Vide Gayo 2, 24". *Idem*, pagina 44.

<sup>295</sup> *Ibidem*, pagina 44.

<sup>296</sup> Cf. *ibidem*, páginas 112-113.

*causa fiduciae* propia de la *mancipatio fiduciaria* implicaba el deber de devolución: *reddere rem*. (...) La fidelidad (*fides*) se cifra, concretamente, en la *restitutio rei* y, en este sentido, se hablaba de *remancipatio*. La fiducia es un tipo de negocio basado en la confianza mediante el cual el *dans*, confiado en la fidelidad convenida, se la devuelva fielmente porque debe *fidem praestare*"<sup>297</sup>.

Entonces según Rodríguez Rosado<sup>298</sup> Fuenteseca impugna la transmisión de la titularidad en la fiducia, ya que "(e)ntiende que la fiducia no opera la dación de la propiedad por parte del fiduciante al fiduciario, sino sólo un traspaso de la cosa que la deja en potestad de éste, pero sin que alcance la propiedad *ex iure Quiritum*, la propiedad de Derecho civil". Según Rodríguez Rosado Fuenteseca<sup>299</sup> sostiene que "la *mancipatio fiduciae causa* no transmite la legitimidad pública del *dominus* quiritario, sino el ejercicio fiduciario, en base al pacto de confianza (*pactum fiduciae*), de la función dominical con una finalidad concreta, recibiendo el acreedor la cosa solamente *in potestate*".

---

<sup>297</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B., op. cit., páginas 13-14; citando a Fuenteseca, Líneas generales de la fiducia cum creditore. en Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener, Madrid 1994, página 393.

<sup>298</sup> Ibidem, página 14, citando a Fuenteseca, op. cit., 393.

<sup>299</sup> Ibidem, página 14, citando a Fuenteseca, op. cit., 393.

A diferencia de la posición expuesta por los autores anteriormente citados nos encontramos con otra posición en relación a la transmisión de la propiedad. Nos dice Panero Gutiérrez que en el Derecho Romano se preferían las personales sobre las reales y se conocían tres figuras como la fiducia, la prenda y la hipoteca<sup>300</sup>. Específicamente la prenda y la hipoteca son verdaderas figuras de derechos reales especiales, ya que la fiducia, trasmite la propiedad de una cosa, la prenda transmite la posesión y la hipoteca ni lo uno ni lo otro<sup>301</sup>.

La definición que expone Panero Gutiérrez sobre la fiducia sigue los mismos lineamientos anteriores. Define la fiducia como "un acto en virtud del cual una persona -deudor / fiduciante- trasmite a otra- acreedor/fiduciario- la propiedad de una cosa -por *mancipatio* o *in iure cessio*- y ésta, a su vez, se obliga, a través de un pacto -*pactum*- de confianza- *fiduciae*- a restituirla- reimanciparla- tras ser satisfecha la deuda"<sup>302</sup>. Como vemos éste acentúa el carácter garantizador de dicha figura jurídica pero en una nota al calce hace la salvedad que también esta sirve para otros

---

<sup>300</sup> PANERO GUTIÉRREZ, R., Derecho Romano. 2da Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, página 400.

<sup>301</sup> Ibidem, página 440.

<sup>302</sup> Ibidem, página 400.

propósitos como sería "(e)l manumitir al esclavo, guardar gratuitamente un objeto o usarlo, también en forma gratuita"<sup>303</sup>. Estos dos últimos mencionados serían el contenido de los contratos posteriores de depósito y comodato<sup>304</sup>.

En la misma línea de los autores anteriores Díaz Bautista define la fiducia romana en los mismos terminus al expresar que ésta "era un negocio por el cual una persona (fiduciante) trasmitía mediante *mancipatio* o *in iure cessio* la propiedad de una *res Mancipi* a otra (fiduciario) que se comprometía a devolver la propiedad al fiduciante en una circunstancia predeterminada"<sup>305</sup>. Este la califica de negocio real porque conllevaba la obligación de la devolución de la caso<sup>306</sup>. También la califica de contrato formal porque "la fiducia al recaer sobre *res Mancipi* sólo podía constituirse con forma solemne (*mancipatio* o *in iure cessio*)"<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Cf. *ibidem*, página 440.

<sup>304</sup> Cf. *ibidem*, página 440.

<sup>305</sup> DÍAZ BAUTISTA, A. y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *El derecho romano como introducción al Derecho*. Murcia: Diego Marín (DM) Librero-Editor, 2010, páginas 224-225.

<sup>306</sup> Cf. *ibidem*, páginas 224-225.

<sup>307</sup> *Ibidem*, 224-225.

Esos mismos lineamientos los sigue Di Prieto al describir la fiducia romana como un negocio formal en el que intervenían dos sujetos, el fiduciante y el fiduciario unidos mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*. La fiducia "es negocio formal en virtud del cual el propietario de una cosa confía la propiedad de una *res Mancipi* (ya fuere por una *mancipatio* o *in iure cessio*) a otra persona, que figura como 'fiduciario', el cual se obliga a restituir dicha propiedad, en un momento previamente pactado, ya al 'fiduciante' o a otra persona determinada por éste"<sup>308</sup>.

Giménez-Candela define la fiducia romana en términos similares a los anteriores. Esta "consiste en la entrega de la propiedad de una *res Mancipi*, mediante *mancipatio* o *in iura cessio*, que el fiduciante hace a favor de un fiduciario, el cual se obliga a restituir la cosa una vez cumplida la finalidad establecida"<sup>309</sup>. Giménez-Candela especifica que la obligación de restituir surge del pacto (*pactum fiduciae*), ya que mediante éste las partes estipulan la finalidad y las condiciones del negocio, y no del hecho mismo de

---

<sup>308</sup> DI PRIETO, A., Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, páginas 188-189.

<sup>309</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., Derecho Privado Romano. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, página 449.

la entrega mancipatoria de la *res mancipi*<sup>310</sup>. También califica la fiducia romana como un contrato formal<sup>311</sup>. “En dos textos epigráficos (Tab. pomp.7; ‘Fórmula Bética’ FIRA.III 295. lin. 3-4), se documenta la frase *fidei fiduciae causa*, que pone de relieve la relación de reciprocidad propia del contrato de fiducia”<sup>312</sup>.

Todos los autores anteriores incluyen la *actio fiduciae* como la acción civil a la que se recurriría en caso de que no se compliese con la restitución de la *res mancipi*<sup>313</sup>. Giménez-Candela nos dice que la *actio fiduciae* tiene una estructura semejante a las acciones *ex fide bona*, por lo que se admite esta como precedente histórico de aquellas<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> Cf. *ibidem*, página 449.

<sup>311</sup> *Ibidem*, página 449.

<sup>312</sup> *Ibidem*, página 450.

<sup>313</sup> Cf. Di Prieto, A., *op. cit.*, página 188-189.

<sup>314</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., *op. cit.*, página 449: “La fiducia suele tener como finalidad la garantía de un crédito (*cum creditore*), o bien el confiar la cosa al fiduciario con fin de depósito, comodato o mandato (*cum amico*). Cicerón se refiere a la fórmula de *actio fiduciae* como un *ut inter bonus agier (=agi) oportere et sine fraudatione (=tal como hay que actuar entre personas de bien y sin engaño. Cic. de off.3, 15, 61; 3, 17, 70; Top. 17, 66; Fam. 7, 12, 2)*, que equivale a la cláusula *ex fide bona* de las acciones de buena fé”.

En esa misma línea se encuentra Estrada Alonso<sup>315</sup>, quien explica la *actio fiduciae*, en dos posibles formulaciones: fórmula *in factum* y fórmula *in ius*. Explica también que ésta era desconocida a la noción de *obligatio* propia del *ius civile*. El mismo autor siguiendo la explicación de los autores anteriores, expone que "(c)uando se incorporaron al *ius civile* las *actiones bonae fidei*, quizá la *actio fiduciae* haya sido la raíz originaria, como un modelo de las acciones *in factum*. La romanística moderna se inclinó mayoritariamente a ver en la *actio fiduciae* una *actio in personam* contractual y, por tanto, surgida de una *obligatio fiduciae* que, presuntamente, nacería del *pactum fiduciae*"<sup>316</sup>.

También como consecuencia del supuesto de que "el *accipiens* no devolviese la cosa, entonces, la consecuencia consistiría en el surgimiento de un acto doloso *contra fidem*. Esto era sancionable con una *actio fiduciae in factum*. Esto consistía en el dolo de la no devolución (*rem dolo malo redditam non esse*), igual que la *actio depositi in factum* (GAYO, 4,47)<sup>317</sup>. En el supuesto de una utilización indebida de la cosa objeto de la

---

<sup>315</sup> ESTRADA ALONSO, E., El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010, página 68 nota 74.

<sup>316</sup> Ibidem, página 68 nota 74.

<sup>317</sup> Cf. ibidem, página 68.

fiducia para la cual se habría prestado para su uso, para su depósito o como garantía, entonces se podría accionar la "fórmula *in ius ex fidei bona* para exigir una gestión correcta con arreglo al principio de actuación entre personas de bien y sin fraude (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*)"<sup>318</sup>.

La *actio fiduciae* está también a disposición del fiduciario "para reclamar del fiduciante los gastos o *impensae* que pudiera haber realizado para la conservación y el mantenimiento de la cosa recibida en garantía durante el tiempo que permaneció en su poder. Asimismo, con esta acción podrá también el fiduciario reclamar el abono de los daños y o perjuicios que pudieran habersele ocasionado en su patrimonio en el tiempo que el bien objeto de fiducia ha estado en su poder"<sup>319</sup>.

La fiducia romana desaparece en la medida que desaparecen las formas negociales de las cuales era dependiente como la *mancipatio* y la *in iure cesio* se dejaron de utilizar. Esto fue en la época post-clásica. Para la época de Gayo no resultaba tan frecuente como antes<sup>320</sup>. "En la

---

<sup>318</sup> Ibidem, página 68.

<sup>319</sup> Ibidem, página 69, nota 77.

<sup>320</sup> DI PRIETO, A., op. cit., página 191.



época de Justiniano, se suprime en la compilación del *Corpus Iuris Civilis* toda referencia a la fiducia, sustituyéndola, en formas sistemática, ya por el *pignus* (cuando se hablaba de *fiducia cum creditore*) o por el depósito, el comodato, etc., según cada caso (cuando antes se hablaba de *fiducia cum amico*)”<sup>321</sup>.

En términos de la relación de la *causa fiduciae* con la transmisión de la propiedad en la fiducia romana Estrada Alonso expresa que “*inter vivos* la *causa fiduciae* no tenía identidad propia en el sentido expuesto de que alguien cediese un patrimonio a otra persona que generase una división de la propiedad para alcanzar distintos objetivos constituyendo una especie de guardián o persona de confianza”<sup>322</sup>. En el derecho romano se estableció el concepto único de propiedad. Por este motivo si se quería ceder De modo que para ceder el patrimonio a una persona de confianza, como ocurría en el caso de la fiducia romana había que hacerlo mediante una *emptio* fiduciaria (*mancipatio*), mediante la cual se le concedía al *emptor fiduciarius* una titularidad fiduciaria. Esto consistía en que se confiaba la cosa para el

---

<sup>321</sup> Ibidem, página 191. También: “La fiducia desaparece, en el derecho postclásico, y prenda e hipoteca coexisten, como institución única, sin clara diferencia”. PANERO GUTIÉRREZ, R., op. cit., página 442.

<sup>322</sup> ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 66.

ejercicio de la función de *dominus* con un fin determinado, que se determinaba por medio del *pactum fiduciae* o *pactum conventum*<sup>323</sup>.

Estrada Alonso es de la opinión que el fiduciario no se convertía en propietario de la *res mancipi* en la fiducia romana y que no ocurría lo mismo que ocurría en el derecho inglés. Este expresa que "la titularidad fiduciaria no tenía el mismo contenido que la titularidad fiduciaria del derecho inglés que la identificaba con una división de la propiedad entre distintos titulares"<sup>324</sup>. "En este sentido, la *mancipatio*

---

<sup>323</sup> Cf. *idem*, página 66, citando a FERNÁNDEZ BUJÁN, F.: *Sistema Contractual Romano*, 2º Edi. Dykinson, Madrid, 2004. Nos habla de la conocida *Tabula Baetica*, del siglo I o II d.C, que constituye un formulario o modelo de negocio fiduciario empleado en Andalucía (*Baetica*) El concepto de negocio fiduciario que se tiene en España tiene su origen en el Derecho Romano donde no se reconoce la división de la propiedad la fiducia es un encargo de fe, basado en la confianza (*fidei*) La fiducia se caracterizaba como un pacto que acompaña a otro negocio jurídico principal y formal (*manci-patio*), por lo que no se constituía de modo independiente un negocio que tuviere como única causa la confianza. Para dotar de contenido a ese negocio era necesario un *pactum* que indicara si la fiducia se contrajo, bien con el fin de depósito, mandato o comodato, bien se transmitía la propiedad con el fin de garantía o para no aparecer como propietario aparentando una transmisión de la propiedad o para cumplir una determinada finalidad a favor de alguien. En este último caso, al no permitirse la división de la propiedad, se trasladaba la propiedad de los bienes a otra persona mediante un negocio dispositivo apareciendo el cesionario frente todo el mundo como propietario.

<sup>324</sup> *Ibidem*, página 66.

*fiduciae causa* romana no hacía propietario al fiduciario, sino que le atribuía el *usus* o ejercicio fiduciario de la función dominical (*usus* como ejercicio de facto de una *potestas*), durante un tiempo. No había una verdadera *emptio* sino el acto de *mancipio accipere fiduciae causa*, quedando el *accipiens* en una posición o función de *emptor* (*loco emptoris*), lo mismo que en la *mancipatio familiae* (forma arcaica de testamento) el *accipiens* quedaba *heredis loco* pero no era considerado heredero (*heres*) con arreglo al *ius civile*. La *res fiduciae data* no se consideraba *res empta* sino más bien *res obligata pignoris iure*, con facultad de venderla, en el caso de que el deudor fiduciante no pagase la deuda (*pecunia non soluta*)<sup>325</sup>. En este sentido Estrada Alonso sigue la misma línea de pensamiento que Fuenteseca en términos de que en la fiducia romana el fiduciario no se convertía en propietario de la cosa, *res mancipi*.

### 3.2.2 Modalidades de la fiducia romana

La fiducia romana tenía dos modalidades que en las se podían aplicar: la fiducia cum amico y la fiducia cum creditore<sup>326</sup>. Como nos dice Estrada Alonso, la fiducia se formalizaba mediante un

---

<sup>325</sup> Ibidem, página 66.

<sup>326</sup> Cf. DI PRIETO, A., op. cit., página 189.

emptio, pero no se expresaba en público el *pactum fiduciae*. Este se estableció mediante dos tipos de fiducia conocidos en el derecho romano como *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*<sup>327</sup>. En el caso de la *fiducia cum creditore*, a diferencia de la *fiducia cum amico*, el acreedor tenía "amplias facultades pues podía disponer de la cosa como dueño y, en general, podía ejercer todas las facultades inherentes al dominio"<sup>328</sup>.

### 3.2.2.1 Fiducia cum amico

La *fiducia cum amico* consistía en la transmisión de la propiedad de la cosa a una persona de confianza, ya denominado fiduciario, con la finalidad de que éste la guardara por un tiempo determinado, como sería el depósito, para

---

<sup>327</sup> Cf. ESTRADA ALONSO, op. cit., página 67: "La necesidad de formalizar una *emptio*, en la que no se recogía públicamente el pacto de fiducia, se estableció en los dos tipos de fiducia que conoció el Derecho Romano: *cum creditore* y *cum amico*".

<sup>328</sup> Ibidem, página 70; también pagina 67 nota al calce 72; citando a FUENTESECA, C., La fiducia en Derecho Romano y su interpretación por los pandectistas. El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1997) Ambas se constituían como una venta fingida o simulada (imaginaria venditio: Gayo, I, 113 y 119) cuyo efecto era la transmisión de la res mancipi transfiriéndola bajo la potestas dominical del que la recibía (mancipio accipiens) seguida de un *pactum conventum* añadido. En todo caso, había obligación de restituir (*mancipatio ut remancipetur*). Es decir, la *remancipatio* o *restitutio rei* constituía una exigencia inherente a la *fides*, puesto que la *mancipatio* se había realizado *fidi fiduciae causa*".

que la utilizara, como sería el comodato, pero con la diferencia de que el fiduciario tiene que restituir la propiedad de la cosa y en el comodato simplemente se devuelve la tenencia de la cosa. Otra finalidad de la fiducia cum amico consistía en la de cumplir con un *mandatum*<sup>329</sup>.

En esa misma línea Giménez-Candela describe los fines de la *fiducia cum amico*. "La fiducia cum amico, suele realizarse para procurar una mejor conservación de la cosa (depósito), para conceder al fiduciario el uso de la misma (comodato), o para encargarle una gestión que el propio fiduciante no pueda llevar a cabo (mandato)"<sup>330</sup>. Los mandatos concretos que consistía esta fiducia sería los siguientes: la manumisión de un esclavo, o la donación de la cosa a un tercero después de un tiempo determinado<sup>331</sup>.

Otra razón para establecer la *fiducia cum amico* era "la práctica de poner en manos de una persona de confianza, aquellas propiedades de más valor en el patrimonio romano, como eran las *res Mancipi*, en épocas de alejamiento del domicilio

---

<sup>329</sup> Cf. DI PRIETO, A., op. cit., página 189.

<sup>330</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., páginas 449-450.

<sup>331</sup> Cf. ibidem, páginas 449-450.

habitual, por causa de comercio en otros territorios, o por causa de guerras (Gai. 2, 60); D.17, 1, 30)"<sup>332</sup>.

Como expresa Estrada Alonso, en la *fiducia cum creditore* ante terceros el fiduciante actúa como propietario de la cosa y a diferencia de la *fiducia cum amico* que se establece en interés del fiduciante y no del fiduciario<sup>333</sup>. El motivo de la transferencia de la propiedad se debía, a que como se daba en la creación de los negocios fiduciarios intervivos, a situaciones en las que el fiduciario se veía imposibilitado de actuar jurídicamente por lo que solicitaba a una persona de confianza, como podía ser un amigo, de ahí seguramente su nombre, para que actuara en su lugar. Las razones podían ser diversas tan diversas como "cuando una persona era condenada a la pena de exilio o destierro y confiscación de su patrimonio (*interdictio aquae et ignis*), traspasaba fiduciariamente sus bienes, a favor de una persona de plena confianza, en la garantía de que éste se los devolvería si remitía la situación de persecución, o de que los entregue a otras personas si aquella situación no se producía"<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Ibidem, páginas 449-450.

<sup>333</sup> Cf. ESTRADA ALONSO, op. cit., página 67.

<sup>334</sup> Ibidem, página 67.

Como se puede apreciar el deber de restitución (*ut remancipetur*) como también el deber de la manumisión (*ut manumittatur*) eran características esenciales de la fiducia cum amico, ya que para estas finalidades se habían constituidos<sup>335</sup>.

Como la fiducia entrañaba una doble causa, entonces, nos encontramos ante un doble negocio, lo que posteriormente se cristalizaría en el negocio fiduciario con doble efecto "tan perturbador para la construcción jurídica de una fiducia que explicitase como única causa la de encargar una función o encargo"<sup>336</sup>.

Desde una perspectiva del interés de las partes se puede apreciar que en "la fiducia cum amico, «fiducia altruista», y no en la «fiducia egoísta» o sea, *cum creditote*, romana se construye sobre un provecho propio del fiduciante, un interés altruista, o de un tercer beneficiario

---

<sup>335</sup> Cf. ibidem, página 68 nota 74.

<sup>336</sup> Ibidem, página 68.

(pero nunca un interés preeminente del fiduciario, que cumple función de mero intermediario)"<sup>337</sup>.

La *fiducia cum amico* encontraba su apoyo social en el valor de la confianza o *fides*, el cual gozaba en aquel momento histórico de una alta estima. Es por ello que "la *actio fiduciae* para hacer cumplir lo pactado condenaba al fiduciario a la pena de infamia. En aquel entonces se trataba de una grave sanción que constituía una descalificación pública con graves consecuencias políticas"<sup>338</sup>. Esto es congruente con lo que se expuso anteriormente sobre el valor de la *fides* en la sociedad romana.

Como se puede apreciar, entonces, la *fiducia cum amico* no tenía como finalidad la de establecer un pacto de garantía, como sería el caso de la *fiducia cum creditore*, ni la de destinar patrimonios a otras personas por mera liberalidad sino que consistía en un negocio fiduciario de custodia o de administración<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Ibidem, página 68 nota 75; citando a JORDANO BAREA, J. B.: El negocio fiduciario, Bosch, Barcelona, 1959, página 21 y nota 12.

<sup>338</sup> Ibidem, página 69.

<sup>339</sup> Cf. ibidem, página 67.



### 3.2.2.2 Fiducia cum creditore

En la modalidad de la *fiducia cum creditore*, la causa *fiduciae* es la de garantizar una deuda. Para ello, el deudor (fiduciante) le transmite la propiedad de la cosa, *res mancipi*, al acreedor (fiduciario) para que la retenga en garantía de la deuda contraída hasta que esta sea satisfecha<sup>340</sup>.

Como consecuencia de ello, el acreedor fiduciario gozaba de amplias facultades sobre la *res mancipi*, como todas las posibilidades de uso y goce del propietario. "Podía disponer de la cosa como dueño y ejercer todas las facultades inherentes del dominio"<sup>341</sup>. Su carácter de propietario es uno temporal sobre la cosa, "a la que debe conservar con *diligentia* (D.13, 6, 18pr. i.f.); tiene amplias facultades para usar de ella, siempre que no merme su valor económico"<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> Cf. DI PRIETO, A., op. cit., página 189; GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit, página 450: "La *fiducia cum creditore*, tiene por finalidad garantizar la devolución de una deuda, por lo que la restitución de la *res mancipi* está subordinada a la satisfacción de la cantidad adeudada". ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 70: "En la *fiducia cum creditore* el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con la obligación de devolvérsela al producirse el pago".

<sup>341</sup> ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 70.

<sup>342</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit, página 450.

Esta facultad dominical del acreedor fiduciario al ser de carácter temporal se ve limitada por su deber de restitución cuando el deudor fiduciante cumpla con el pactum fiduciae. El acreedor fiduciario "está obligado a restituir en cuanto el deudor fiduciante cumpla su obligación y a vender en las mejores condiciones posibles la cosa mancipada (D.13, 7, 22,4) <sup>343</sup>.

Por la parte del deudor fiduciante, este tiene la obligación ante el acreedor fiduciario de indemnizarlo en caso de daños producidos y de reembolsarle los gastos de mantenimiento de la cosa (PS.2, 13, 7; D.13, 7, 22, 3-4) <sup>344</sup>.

A la pregunta de qué ocurriría en caso de impago de la deuda del fiduciante, entonces se accionaría el pactum fiduciae, mediante el cual el acreedor fiduciario habría de vender la cosa objeto de la fiducia, cobrar la cantidad adeudada y el excedente (superflum) del precio pagado correspondería al fiduciante <sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Ibidem, página 450.

<sup>344</sup> Cf. ibidem, página 450.

<sup>345</sup> Cf. DI PRIETO, A., op. cit., página 189; GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., página 450: "El acreedor fiduciario tiene derecho a vender la cosa y a cobrarse con el precio obtenido, en caso de que el deudor fiduciante no cumpla su

Se podría establecer también otro *pactum fiduciae* mediante el cual en caso de mora del deudor éste renunciaría a la *actio fiduciae* y consiguientemente el acreedor fiduciario se quedaría como propietario de la cosa<sup>346</sup>. "Este pacto equivale al que se podía establecer en la prenda, conocido como *lex commissoria*"<sup>347</sup>.

Es importante señalar que hubo un tiempo en que la fiducia estuvo desprovista de acción alguna para hacer cumplir con el *pactum fiduciae*, por lo que la obligación de restitución por parte del acreedor fiduciario descansaba sobre la confianza depositada por el deudor fiduciante, *bona fides* en éste. "Pero cuando se consagró la *actio fiduciae* emergente del pacto de fiducia, el deudor pudo obligar al acreedor a restituir la cosa o bien a indemnizar los daños y perjuicios originados, si

---

obligación; si bien, como en el *pignus* con pacto de *vendendo*, está obligado a devolver la diferencia (*superflum*) entre el precio obtenido por la venta y la deuda garantizada (PS.2, 13, 5; 13, 7, 22pr.-2)". En cambio Estrada Alonso es de otra opinión respecto a la devolución del excedente de la venta: "Si el deudor no pagaba su deuda en tiempo se consolidaba el dominio en el acreedor y no quedaba obligado a restituir cantidad alguna al deudor, aún cuando su valor superase el crédito que garantizaba. Se formalizaba una *emptio* y se guardaba secreto de la garantía encubierta que se constituía, teniendo siempre el acreedor presente la posibilidad de comisionar el bien o de realizar su valor como una prenda". ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 70.

<sup>346</sup> Cf. *ibidem*, página 190.

<sup>347</sup> *Ibidem*, página 190 nota 50.

es que la restitución devenía por su culpa imposible”<sup>348</sup>.

En la *fiducia cum creditore* la *actio fiduciae* adquiere una particularidad diferente a la *fiducia cum amico*. Además de buscar la restitución del objeto de la fiducia, se extendió para garantizar toda violación del *pactum fiduciae* y también de todo uso ilícito de la cosa por el acreedor<sup>349</sup>.

### 3.2.3 Usureptio fiduciae

Haciendo referencia de Gayo Di Pietro menciona que éste no menciona la fiducia entre los contratos formales, pero que sí la conocía, ya que incluye la *actio fiduciae* en la lista de los *iudicia bonae fide* (Gayo IV, 62). Además, menciona la fiducia en relación a la *usureptio* (Gayo II, 60)<sup>350</sup>, del *furtum* (Gayo III, 201) y del efecto infamante de la condena (Gayo IV, 182)<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 70.

<sup>349</sup> Cf. ibidem, página 70.

<sup>350</sup> “Pero como la transmisión en garantía puede convenirse, bien con un acreedor, en virtud del derecho de prenda, o bien con un amigo para que nuestras cosas en su poder, si la transmisión en garantía se ha acordado con un amigo, sin duda siempre compete la *usureceptio*; si, en cambio, ha sido con el acreedor, compete siempre que se haya pagado el dinero; cuando no se ha pagado, sólo compete si el deudor no recibió la cosa del acreedor en arrendamiento, ni se la

Es importante para efectos de esta investigación explicar el concepto de *usureptio* en la *fiducia*, ya que de ella se puede relacionar con el concepto de propiedad en la *fiducia*. Di Pietro al citar a Gayo en torno a la *usureptio* (Gayo II, 59) expresa que "si el fiduciante por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* da carácter de *fiducia* a una cosa a otro, puede usucapirla a sabiendas de que se trata de una cosa ajena, 'si la posee durante un año, aunque se trate del suelo'. A esta posibilidad de usucapir se la denomina *usureptio* (recobrar por la posesión), 'porque recobramos por la *usucapio* aquello que nos perteneció antes' (Gayo II, 59)"<sup>352</sup>. Entonces la *usureptio* es algo diferente a la *usucapio*, pero guarda una relación con ésta. La primera es una forma anómala de la segunda que sería la forma normal<sup>353</sup>. Las diferencias las encontramos tanto en el plazo que para la *usureptio* es de un año y en la *usucapio* es de dos años para bienes inmueble y también en el requisito de buena fe, ya que en la

---

pidió de modo que pudiera poseerla en precario, en cuyo caso compete la usucapción lucrativa". GAYO, Instituciones. (Traducción por Manuel Abellas Velasco et al.) Madrid: Editorial Civitas, 1985, páginas 123-125.

<sup>351</sup> Cf. DI PRIETO, A., op. cit., página 190.

<sup>352</sup> Ibidem, página 190.

<sup>353</sup> Cf. ibidem, página 191.

*usureptio* al constituirse una enajenación se sabe que no es de su propiedad<sup>354</sup>.

Según Gayo existen unas diferencias en la aplicación de la *usureptio* para cuando se trata de la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. "En II, 60 Gayo establece que la 'la *usureptio* es procedente en todos los casos en los cuales se haya contratado fiduciariamente con un amigo' (*fiducia cum amico*). En cambio, en el supuesto de la *fiducia cum creditore*, ella puede tener lugar cuando se haya pagado la deuda. En caso de no ser así, el acreedor fiduciario podía tomar precauciones para evitar el riesgo de que el deudor pudiera usucapir poseyendo la cosa. Para ello, le concedía la tenencia de la cosa al fiduciante en concepto de arrendamiento, o también cuando el propio fiduciante se la hubiera pedido en posesión a título de *precarium*; fuera de estos casos, es procedente la *usureptio*"<sup>355</sup>.

Giménez Candela explica que "(e)l mancipante *fiduciae causa* podía recuperar la propiedad de la cosa, mediante la posesión continuada de la misma durante un año, lo que se denomina *usureptio fiduciae*. Se trata, pues de una institución

---

<sup>354</sup> Cf. *ibidem*, página 191.

<sup>355</sup> *Ibidem*, página 191.

similar a la usucapión, de la que difiere tanto por el tiempo exigido, como por la *iusta causa*, que no se exige”<sup>356</sup>. Para evitar que se produjera la *usureptio* el fiduciario podía ceder la cosa en concepto de arrendamiento o de precario y de esta manera el fiduciante no poseía en concepto de dueño y por lo tanto estaba impedido de completar la *usureptio*<sup>357</sup>.

Es importante señalar que la existencia de la *usureptio* permite afirmar que mediante el *pactum fiduciae* ocurría efectivamente una transferencia de propiedad del fiduciante al fiduciario, aunque fuera temporalmente y condicionada. El fiduciante se convertía en propietario de la *res fiduciae* temporal y condicionadamente.

Sobre el devenir de la *causa fiduciae*, ésta desapareció, ya que ni el *Digesto*, ni el *Código* de Justiniano la regularon porque era una institución que cayó en desuso y, se sustituyó la *fiducia* por el *pignus*<sup>358</sup>. Los mismos efectos de la *fiducia* se conseguía mediante los contratos típicos basados en la confianza: depósito, mandato, comodato

---

<sup>356</sup> Cf. GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., página 450.

<sup>357</sup> Cf. ibidem, página 450.

<sup>358</sup> Cf. ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 70.

(*depositum, mandatum, commodatum*)<sup>359</sup>. Esto no ocurrió con el fideicomiso mortis causa como veremos mas adelante<sup>360</sup>.

### **3.3 Desarrollo hacia el negocio fiduciario**

Para comprender el desarrollo de la fiducia romana hasta llegar al negocio fiduciario ha de exponerse cómo ésta llega al ordenamiento jurídico español. Por un lado, se expondrá su concepto y estructura; luego se expondrá su desarrollo doctrinal y jurisprudencial; para finalmente, entonces, hacer una comparación con el *trust*.

#### **3.3.1 Concepto y estructura del negocio fiduciario**

Una primera definición del concepto del negocio fiduciario según Ribó Duran es la siguiente: "Contratos fiduciarios: Consisten en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado *fiduciante*, realiza en favor de otro, llamado *fiduciario*, para que éste lo utilice para la finalidad que ambos hubiesen pactado (*pacto cum fiducia*), y obligándose también el fiduciario a retransmitirla cosa o derecho al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera

---

<sup>359</sup> Cf. *ibidem*, página 70.

<sup>360</sup> Cf. *ibidem*, página 71.



cumplido la previa finalidad. Se combinan así dos negocios: uno de disposición o traslativo (del fiduciante al fiduciario), y otro que deja constituida una obligación (la retransmisión del fiduciario, tras la utilización pactada). Por ello, se habla de la *teoría del doble efecto* de los negocios fiduciarios: efecto real y efecto obligacional"<sup>361</sup>. Esta definición nos lleva a explicar el origen de dicha figura jurídica que no se encuentra tipificada en la legislación del derecho español.

La figura del negocio fiduciario llega al ordenamiento jurídico español mediante la corriente pandectista alemana y mediante los autores italianos. Ferdinand Regelsberger, es a quien se le debe el nombre al negocio fiduciario y quien trae la atención en la doctrina como especial figura jurídica<sup>362</sup>. Este la definió de la siguiente manera: 'el negocio fiduciario se caracteriza en que las parte eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos -como ellos saben- exceden de aquel fin;

---

<sup>361</sup> RIBÓ DURÁN, L., Diccionario de derecho. 2da Barcelona: Edición Bosch, 1995, página 255; igual en RIBÓ DURÁN y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., Diccionario De derecho empresarial. Con los conceptos económicos complementarios. Barcelona: Bosch, 1998, página 216.

<sup>362</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., El negocio jurídico. Madrid: Civitas, 2002, página 381.

por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible' ('*obligatorische Verpflichtung*')"<sup>363</sup>.

Por otra parte tenemos la definición de Claret y Martí de la fiducia, teniendo en mente definir el negocio fiduciario "como la transmisión de la propiedad de un patrimonio a una o varias personas, llamadas fiduciaria, encargadas de administrarlo en el interés de otro u otros, llamados beneficiarios, y a los que los fiduciarios deberán entregar el patrimonio una vez

---

<sup>363</sup> Ibidem, página 381, nota 4 tomado de Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Ersten Band (único volumen publicado), 1893, página 518.

finido el plazo de duración de la fiducia”<sup>364</sup>. Apoyándose en Regelsberger, el mismo autor establece las características del negocio fiduciario: “Para Regelsberger el negocio fiduciario es un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el objeto tenido a la vista por las partes y el medio jurídico empleado para conseguirlo”<sup>365</sup>.

Además de Regelsberger, Claret y Martí también hace referencia a la definición del italiano Grasseti, quien define el negocio fiduciario como “una manifestación de voluntad por la cual se atribuye a otros una titularidad de derecho a nombre de los mismos, pero en el interés de un tercero o del propio transferente. La atribución del derecho al que lo recibe es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o al empleo del patrimonio que recibe”<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> CLARET y MARTI, P., *De la fiducia y del 'trust'*. Estudio de Derecho comparado. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1946, página 13.

<sup>365</sup> Ibidem, 13-14, citando a Regelsberger, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cessio en Archiv für die civ. Praxis*, L. XIII, 1880, página 173, y *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, párrafo 141, página 518.

<sup>366</sup> Ibidem, 13

Para Claret y Martí la confianza en el comportamiento del fiduciario es característica fundamental para la existencia del negocio fiduciario o la fiducia, como éste utiliza indistintamente ambos vocablos para referirse a la misma figura jurídica<sup>367</sup>. El fiduciante pone su fides en que el fiduciario no habrá de abusar de los derechos que se le han transmitido<sup>368</sup>. “Como el fiduciario se convierte en propietario frente a terceros, es característico de su poder la potestad de abuso, y en la confianza en su persona de parte del transferente de los bienes se basa el negocio fiduciario”<sup>369</sup>. Es importante señalar para efecto del presente estudio, que Claret y Martí entiende que en el negocio fiduciario ocurre una transferencia de propiedad plena del fiduciante al fiduciario. Esta transferencia de la propiedad está caracterizada por la finalidad que se lleva a cabo. Esta finalidad es el interés del beneficiario. Entiende también que el ordenamiento jurídico no tutela *erga omnes* los derechos del beneficiario, sino que tutela el comportamiento leal del fiduciario<sup>370</sup>.

Claret y Martí resume en tres las características del negocio fiduciario o, como le

---

<sup>367</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

<sup>368</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

<sup>369</sup> *Ibidem*, página 14.

<sup>370</sup> Cf. *ibidem*, página 14.

llama, contrato de fiducia<sup>371</sup>: Por un lado, ocurre una transmisión de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario. "No es simplemente un depositario o un administrador, sino un propietario. Puede disponer de los bienes, pero como debe restituirlos al terminar la fiducia, en realidad sólo puede enajenarlos a título oneroso, para reponerlo con su precio". Por otro lado, los bienes que se transmitieron al fiduciario están afectados en interés del beneficiario, en favor de quien el fiduciario ha de administrarlos y no en interés propio. Finalmente, la fiducia es en principio temporal. Existe la obligación de restitución luego de terminada la obligación del fiduciario ante el fiduciante. Esta es la regla general que admite como excepción que ésta pueda constituirse de manera perpetua.

Claret y Martí, nos dice al igual que otros autores que la fiducia no está contemplada en ningún texto legal, pero tampoco no está prohibida por ninguna disposición legal<sup>372</sup>. Nos dice el mismo autor que los elementos constitutivos de la fiducia son dos: "bajo el plano real una transferencia de la propiedad y bajo el plano personal una obligación de transmitir que no tiene más efecto que otra obligación cualquiera. En

---

<sup>371</sup> Cf. ibidem, páginas 14-15.

<sup>372</sup> Cf. ibidem, página 29.

este sentido tal pacto no está prohibido por el derecho y por consiguiente es válido”<sup>373</sup>.

Albaladejo entiende que el negocio fiduciario está basado en la confianza (fiducia) depositada en la persona a quien se le hace una atribución fiduciaria<sup>374</sup>. Por ello este autor define el negocio fiduciario como el negocio jurídico “por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (que es más amplia) el fin perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe, a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido”<sup>375</sup>.

En este sentido Albaladejo entiende que el negocio fiduciario está compuesto de dos partes<sup>376</sup>: por un lado, existe una atribución en la que ocurre el traspaso de propiedad de una parte a otra mediante un acto. Esto lo denomina como la parte positiva del negocio fiduciario, en donde se concede un poder mayor a lo necesario y adecuado según la finalidad de éste. Por otro lado, ocurre una declaración de voluntad que limita el poder concedido. Entonces, esta es la parte negativa

---

<sup>373</sup> Cf. *ibidem*, página 29.

<sup>374</sup> Cf. ALBALADEJO GARCÍA, M., *El negocio jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1958, página 221.

<sup>375</sup> *Ibidem*, página 221.

<sup>376</sup> Cf. *ibidem*, páginas 222-223.

del negocio fiduciario. Es por esta razón que dicho autor afirma que existe una desarmonía o disonancia entre el fin propuesto y el medio que se utiliza para lograrlo<sup>377</sup>. Tanto para los negocios fiduciarios con fine de garantía o con fines de administración, Albaladejo es de la idea que ocurre una transferencia de propiedad<sup>378</sup>.

A la pregunta sobre la admisibilidad del negocio fiduciario en el ordenamiento jurídico español, Albaladejo entiende que dicho negocio es uno válido, ya que la atribución fiduciaria, como atribución causal, cuya causa es la *causa fiduciae*<sup>379</sup>. "El fin (causa) del negocio fiduciario consiste en el *intercambio* del derecho que se transmite, por la ventaja que con tal transmisión obtiene el fiduciante (garantizarnos por nuestra deuda, sernos administrada la cosa, cobrársenos el crédito) unida a la potestad de recuperarlo después. El fin (causa) de aquella transmisión (atribución) es la *obtención de la ventaja* que la garantía, la administración o el cobro, juntamente con la posterior restitución, supone para el fiduciante (para este, la causa es la '*promesa de la cosa o servicio por la otra parte*'-art. 1.274-). Ventaja, ésta, la esperanza

---

<sup>377</sup> Cf. *ibidem*, página 221.

<sup>378</sup> Cf. *ibidem*, página 223.

<sup>379</sup> Cf. *ibidem*, página 225.

de cuya consecución se apoya, no sólo en lo pactado, sino especialmente en la confianza que el fiduciario inspira al fiduciante"<sup>380</sup>.

Albaladejo admite que esta causa adolece de cierta insuficiencia, lo que podría poner en duda su validez. "La única insuficiencia que podría imputarse a esta causa, es la mayor debilidad de la posición conseguida por el fiduciante (que sólo adquiere un derecho de crédito contra el fiduciario) que la de la posición (de derecho real) que la atribución confiere al fiduciario"<sup>381</sup>. Pero esta insuficiencia de la *causa fiduciae* puede ser superada en atención a la confianza depositada en el fiduciario: "Ahora bien, una y otra posición resultan igualadas precisamente por la confianza en el fiduciario, confianza que fortifica aquella debilidad. El fiduciante -que con su *animus donandi* justificaría el traspaso del derecho, *causa donandi*- puede, sin duda, -a tenor de la libertad que el art. 1255 le concede-, situarse en una posición- de riesgo de que su confianza se vea defraudada- que, en, todo caso, le es menos gravosa que el desprenderse del derecho liberalmente. Las obligaciones que a favor del fiduciante contrae el fiduciario, reforzadas por el *animus fiduciae* de aquél, constituyen la

---

<sup>380</sup> Ibidem, página 225.

<sup>381</sup> Ibidem, página 225.



*causa fiduciae*, causa bastante para fundamentar la atribución al fiduciario, del derecho transmitido”<sup>382</sup>.

Estrada Alonso resume el concepto del negocio fiduciario según la doctrina de la siguiente manera: “En la doctrina se concibe el negocio fiduciario como una figura compleja que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza para obtener un resultado indirecto en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación o finalidad que ambos pactaron (generalmente oculta), con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero beneficiario, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista”<sup>383</sup>. Más adelante se habrá de exponer el desarrollo doctrinal que lleva a dicha conclusión.

Nos encontramos también con Cámara Lapuente quien explica el origen de la inclusión del negocio fiduciario en España: “La construcción del negocio fiduciario en España partió de la ‘fiducia romana’, tal como había sido explicada por el

---

<sup>382</sup> Ibidem, páginas 225-226.

<sup>383</sup> ESTRADA ALONSO, E., op. cit., página 82.

pandectismo. En consecuencia, el otro modelo de negocio fiduciario, conocido como 'fiducia germánica' y asentado en los precedentes germánicos del Salmann y el Treuhänder, aparentemente, apenas ha tenido acogida en el foro español. En la 'fiducia germánica', el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real erga omnes, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo ipso iure el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente. A diferencia de la fiducia romana, en la cual el poder de abuso del fiduciario está limitado imperfectamente por el vínculo obligacional negativo, en la fiducia germánica no existe posibilidad para el fiduciario de consumir el abuso, debido al remedio legal. Con ello quedan eliminadas las notas esenciales de la desproporción entre medio y fin -equilibrados por efecto de la Ley- y la potestad de abuso; y además se presupone que tal condición resolutoria está implícita en los negocios, lo cual es más complicado de concebir en países sin la base histórica germánica; problemas todos estos que han inducido a la doctrina a desestimar esta teoría como explicación de los negocios fiduciarios"<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario-Núm. 654, Septiembre - Octubre 1999, páginas 1770-1771;

En relación a la ubicación de los negocios fiduciarios dentro de los negocios jurídicos, Cámara Lapuente entiende que no se puede ubicar dentro de los negocios indirectos, pero algunos autores lo ubican como un negocio anómalo debido a su causa, a pesar de que sí aceptan su licitud. Es decir, serían negocios anómalos pero lícitos<sup>385</sup>. El mismo autor delimita el negocio fiduciario de los negocios de confianza como son el mandato, la comisión, la tutela o el depósito, ya que "(e)stos son concluidos en interés ajeno, previstos y regulados en todos sus efectos por la ley, que concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato; el poder conferido en estos 'negocios de confianza' tiene una amplitud proporcional al fin perseguido y son, en definitiva, negocios típicos cuyos incumplimientos están legalmente cubiertos por la ley, en tanto que en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza o lealtad"<sup>386</sup>. Para este autor la diferencia entre los negocios de confianza y los negocios fiduciarios se encuentra en el Derecho comparado<sup>387</sup>. Para ello cita las figuras jurídicas

---

citando nota al calce 45 En detalle, Jordano Barea, El negocio fiduciario, página 28; Navarro Martorell, La propiedad fiduciaria, página 74 y siguientes.

<sup>385</sup> Cf. *ibidem*, página 1770.

<sup>386</sup> *Ibidem*, página 1771.

<sup>387</sup> Cf. *ibidem*, página 1772.

en el Derecho alemán de la *fiduciarysche Rechtsgeschäfte*, que es similar a *Treuhand* y de la *Vertrauensgeschäfte*, en el Derecho italiano, de negocios fiduciarios y negocios *di fiducia*; y en Derecho anglosajón, de *confidence* o *fiduciary relationships*, en oposición al *trust*<sup>388</sup>.

En relación a la estructura del negocio fiduciario Cámara Lapuente entiende que su estructura es la que la diferencia de los demás negocios jurídicos y que contiene los siguientes requisitos, independientemente de las teorías que buscan explicar su estructura, ya sea desde la doctrina o la jurisprudencia: "(...) es requisito esencial de éste (ad substantiam) la descomposición en un plano interno y otro externo, que es el que genera la apariencia en el tráfico jurídico -con la consiguiente posibilidad de abuso-; lo importante es que la relación o convenio interno no aflore ab initio de cara a los terceros, sino que cree una apariencia pública. La forma usual de plantearse esa dicotomía en la práctica pasa por instrumentar el negocio fiduciario complejo en dos actos jurídicos

---

<sup>388</sup> Cf. *ibidem*, página 1772; ver nota al calce 50 (...) cfr. WITZ, C, «Rapport introductif», en *Les opérations fiduciaires*, cit., página 4; Criscuoli, G., «Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduziari ai contratti uberrimae fidei», en *Riv. Dir. Civ.* (XXIX), 1983, I, página 136 y siguientes.

diversos: por una parte, suele otorgarse una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho y, acto seguido (incluso en la misma Notaría), se firma un documento privado en el que se expresa el convenio con los motivos reales de las partes y los límites de dicha titularidad. Este procedimiento es perfectamente lícito, a tenor del artículo 1.230 del Código Civil. El acuerdo o aspecto interno también puede plasmarse verbalmente. Por lo tanto, el negocio fiduciario, en toda su complejidad, no puede aparecer en un solo documento, puesto que supondría la constitución de un derecho real atípico que destruiría la apariencia generadora de riesgos y posibles abusos, al estar éstos limitados realmente, per se, en el negocio constitutivo. Como consecuencia de esta estructura, el Tribunal Supremo suele sancionar la elevación del documento privado a escritura pública, para darle plena validez erga omnes, cuando se reclama por alguna de las partes el cumplimiento de la relación interna en todos sus términos”<sup>389</sup>.

Por otra parte Mateo y Villa define el concepto del negocio fiduciario de la siguiente manera: “La fiducia es aquel negocio por el que una de las partes -el fiduciante- transmite un

---

<sup>389</sup> Ibidem, páginas 1772-1773.

bien o derecho a la otra -el fiduciario- para que este último lo emplee en la realización de un fin convenido por ambas partes y acordando que, una vez cumplido dicho fin, el fiduciario retransmitirá el bien en favor del beneficiario que podrá ser el mismo fiduciante o un tercero”<sup>390</sup>.

De esta definición surge el siguiente esquema del negocio fiduciario: “un sujeto (A) transmite a otro (B) un bien con el objeto de que este último (B) lo dedique al fin previsto y no a otro distinto. Una vez cumplida la finalidad convenida, el fiduciario (B) procederá a transmitir dicho bien al fiduciante (A) o, en su caso, a un tercero (C) -denominado beneficiario- en los términos convenidos por A y B”<sup>391</sup>.

De lo anterior se deducen los siguientes elementos que, según Mateo y Villa, son los aceptados de manera general como fundamentales del negocio fiduciario: La fe del transmitente en el adquirente; El uso de un medio aparentemente desproporcionado al fin jurídico que se desea lograr; La transmisión de un bien o derecho; El

---

<sup>390</sup> MATEO y VILLA, I., De la fiducia gestión. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 704, 2585-2677, páginas 2587-2588.

<sup>391</sup> Ibidem, página 2589.

destino del bien o derecho transmitido al fin convenido por las partes; La devolución del bien una vez cumplida la finalidad pactada<sup>392</sup>.

La fe del transmitente en el adquirente consiste en que el fiduciante confía en que el fiduciario actuará conforme a lo acordado y al final devolverá el bien conforme a lo acordado<sup>393</sup>. "Los negocios fiduciarios son esencialmente contratos de fe, en el sentido de que el negocio que las partes llevan a cabo nace de la confianza mutua que los contratantes se tienen o, más concretamente, por la confianza que el adquirente-fiduciario genera en la persona del transmitente-fiduciante. Es, por tanto, un contrato *intuitu personae*, es decir, celebrado con una persona por la confianza que esta misma inspira en el otro contratante dadas las características - profesionales, familiares o de otra índole- del primero de los contratantes. (...) No obstante, entendemos que hoy en día debe superarse tal caracterización del negocio fiduciario por el elemento de la fe, ya que esta misma fe no puede separarse del concepto de buena fe que propugna nuestro Código Civil. Si bien es cierto que inicialmente se hizo referencia a la buena fe ante la falta de medios legales frente a eventuales

---

<sup>392</sup> Ibidem, página 2589.

<sup>393</sup> Ibidem, página 2589.

abusos del fiduciario, no es menos cierto que la existencia de sistemas de seguridad jurídica actualmente como es el caso del Registro de la Propiedad hacen que ésta, la fe, no sea, en nuestra opinión, un elemento explicativo ni especificativo”<sup>394</sup>.

El uso de un medio aparentemente desproporcionado al fin jurídico que se desea lograr es característico de los negocios fiduciarios porque las partes emplean un negocio jurídico para una finalidad distinta de aquélla prevista por el ordenamiento<sup>395</sup>. “Así, en la fiducia de garantía, las partes, en vez de constituir una suerte de derecho personal o real de garantía que asegure el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor y manteniendo a la vez la titularidad dominical de éste sobre el objeto que sirve de garantía -la finca hipotecada, por ejemplo-, optan por transmitir la propiedad a favor del prestamista-fiduciario para que éste se asegure el cumplimiento de la obligación principal. Por tanto, emplean el negocio de la compraventa que produce, por ende, la transmisión dominical de un bien, frente a los derechos reales típicos de garantía que mantienen la titularidad dominical

---

<sup>394</sup> Ibidem, página 2589-2590.

<sup>395</sup> Cf. ibidem, página 2590.



del bien o bienes que sirven de garantía en la persona del deudor, limitándose el negocio a garantizar la deuda<sup>396</sup>.

En relación con la transmisión de un bien o derecho, Mateo y Villa entiende que "se plantean serias dudas sobre si efectivamente nos encontramos ante una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario o ante una suerte de transmisión no plena o de carácter condicionado"<sup>397</sup>.

El destino del bien o derecho transmitido al fin convenido por las partes es otro elemento constitutivo del negocio fiduciario ya que como se expresó anteriormente, el fiduciario ha de tratar el bien objeto del negocio conforme a lo acordado. "(E)sto es: transmitir el fiduciante al fiduciario la propiedad de un bien o derecho, destinar el fiduciario el objeto a la finalidad pactada (garantía o administración) y una vez realizado el fin propuesto por las partes, el fiduciario debe transmitir al beneficiario el bien fiduciario y, en su caso, las rentas generadas"<sup>398</sup>.

---

<sup>396</sup> Ibidem, página 2590.

<sup>397</sup> Ibidem, página 2591.

<sup>398</sup> Ibidem, página 2591.

Como consecuencia de lo expresado anteriormente, el último elemento del negocio fiduciario sería la devolución del bien una vez cumplida la finalidad pactada<sup>399</sup>. "Una vez cumplida la finalidad de garantía o la administración convenida, el fiduciario debe transmitir el bien fiduciario -o aquél que lo sustituya por subrogación real- al beneficiario -que puede coincidir en la persona del fiduciante o de un tercero en cuyo caso nos encontraríamos con una estipulación a favor de tercero"<sup>400</sup>.

Para Cámara Lapuente la evolución de la discusión dogmática y de la jurisprudencia en relación al negocio fiduciario ha llegado a entender la estructura de éste conforme a los siguientes rasgos: "a) Uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica prevista en el ordenamiento jurídico. (...) b) Evidente desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin realmente perseguido. (...) c) Riesgo de abuso del fiduciario (...), debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, creando terceros adquirentes frente a los cuales el

---

<sup>399</sup> Ibidem, página 2591.

<sup>400</sup> Ibidem, página 2592.

fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución. d) Rango superlativo de la confianza (fiducia), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión, superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña toda contratación”<sup>401</sup>.

### **3.3.2 Desarrollo dogmático del negocio fiduciario**

El desarrollo dogmático de la figura jurídica del negocio fiduciario en el ordenamiento jurídico español se puede describir en tres etapas o momentos. En un primer momento ocurre una asunción de dicha figura, pero luego es que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se asume dicha figura, acompañada de una elaboración más profunda de sus implicaciones. Esto produce una discusión doctrinal acompañada de su expresión jurisprudencial en la que se debaten primeramente la teoría del doble efecto y finalmente se llega a la discusión de la propiedad formal y material y a la titularidad fiduciaria.

El inicio se puede situar con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del

---

<sup>401</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, página 1769.

Notariado de 14 de junio de 1922<sup>402</sup> y posteriormente con Jerónimo González, quien se hacía eco de las tendencias pandectistas alemanas, que partía de la fiducia romana y acercaban el negocio fiduciario a la fiducia germánica<sup>403</sup>.

Según Cámara Lapuente la recepción de la figura del negocio fiduciario en el ordenamiento jurídico español se produce desde el año 1944 por medio de la aportación de don José Castán Tobeñas, tanto desde su cátedra como también desde su posición como juez presidente del Tribunal Supremo Español<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> Vallet y Goytisolo entiende que Jerónimo González tuvo que ver en la redacción de dicha Resolución. CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, página 1774, nota la calce 58: "En cuya redacción, según aventura Vallet (Negocios en fraude..., cit., página 218), debió de intervenir don Jerónimo".

<sup>403</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, página 1773; ver nota la calce 57: "González Martínez, Jerónimo, «El fiduciario, cap. IV de "El titular"», en RCDI (IV), 1928, pág. 272-291 y 365-372, luego en sus Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, 1, págs. 468-479".

<sup>404</sup> Ibidem, página 1774.

### 3.3.2.1 Teoría del doble efecto

La recepción del negocio fiduciario se hace mediante la formulación de la llamada 'teoría del doble efecto', según concebida por el pandectismo tardío alemán mediante la persona de Regelsberger, quien se le puede adjudicar la paternidad de dicha teoría<sup>405</sup>. La recepción ocurre también por el lado de la doctrina italiana mediante la figura de F. Ferrara y otros, los que gozaron de mucha aceptación en España durante varias décadas<sup>406</sup>.

Es importante hacer una breve exposición sobre el contenido de la teoría del doble efecto. Estrada Alonso explica que en esta "se dan dos negocios, uno con eficacia traslativa del dominio del fiduciante al fiduciario, y otro negocio, el obligacional con eficacia ínter partes, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de

---

<sup>405</sup> Cf. *ibidem*, página 1774; ver nota al calce 60: "La paternidad de esta teoría suele cifrarse en el trabajo de Regelsberger, F., «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession», en *AcP* (LX111), 1880, página 173 y siguientes; y en *Pandecten*, I, Leipzig, 1893, página 518 y siguientes".

<sup>406</sup> Cf. *idem*, página 1774, ver nota al calce 61: "Especialmente a raíz de la traducción de su obra *La simulación en los negocios jurídicos*, trad. de Atard y A de la Puente, en *ERDP*, 2.a ed., Madrid, 1931; pero también las obras de otros autores ejercieron importante influencia, como *Cariota Ferrara, L., El negocio jurídico*, trad., prólogo y notas de M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, páginas 197 y siguientes.; *Grasssetti, Betti, Von Thur*, etc".

lo convenido; en el supuesto de que no lo hiciera, el primero no puede dirigirse contra terceros adquirentes aunque sean a título gratuito o conocieran la existencia del pacto fiduciario”<sup>407</sup>. También Cámara Lapuente expone que según la teoría del doble efecto entiende el negocio fiduciario como uno compuesto por dos negocios diferentes, por un lado, se tiene una obligación contractual real positiva por la que se transfiere de forma plena, perfecta e irrevocable la propiedad del bien o derecho y, por otro lado, se tiene una obligación contractual positiva, de la cual nacen las obligaciones del fiduciario de utilizar la res fiduciae, bien o derecho, conforme a lo pactado y la obligación de restitución al constituyente (transferente) o designado (un tercero) de ésta después al término del acuerdo<sup>408</sup>.

En relación con la titularidad de la res *fiduciae* y conforme a la teoría del doble efecto, el fiduciario adquiere la titularidad plena, dominical, como derecho real erga omnes, frente a todo tercero, tanto de buena o mala fe, y ante también ante el fiduciante (transmitente)<sup>409</sup>. “Esta titularidad procura al fiduciario las más amplias facultades de disposición, igual que cualquier

---

<sup>407</sup> ESTRADA ALONSO, E., página 82, nota al calce 94.

<sup>408</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, página 1774.

<sup>409</sup> Cf. *ibidem*, páginas 1774-1775.

propietario, por lo que, en el supuesto de abusar de ella e incumplir su obligación, el fiduciante tan sólo dispone de una acción personal para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios que le hayan irrogado esos actos dispositivos, pero en modo alguno puede impedirlos, puesto que se ha despojado de su derecho real sobre el bien"<sup>410</sup>.

En la discusión sobre la naturaleza y estructura del negocio fiduciario de los seguidores de la teoría del doble efecto, se pensó primero en la existencia de dos contratos independiente, uno real y otro obligacional con una relación de subordinación del contrato obligacional al real, pero luego se intenta explicar la relación mediante la causa negocial<sup>411</sup>. La explicación va entonces en dos direcciones: "para unos, se trataría de la combinación de dos negocios interdependientes, el real y el obligacional, con mutua subordinación; en definitiva, habría una 'conexión de contratos', o 'un acto jurídico complejo', causal, en el cual, uno de los contratos es de transmisión real abstracto (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio, causal, en el que se expresa la causa de los tres -los dos simples y el complejo- que es

---

<sup>410</sup> Ibidem, página 1775.

<sup>411</sup> Cf. ibidem, página 1775.

única, y denominada causa fiduciae. En cambio, para otros, el negocio fiduciario es único (real-obligacional) y unitario. Los efectos reales y los obligatorios tienen el mismo fundamento causal, que informa todo el negocio; la obligación de retransmitir surge por el carácter transitorio o temporal de la causa fiduciae, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial, sino un único negocio causal”<sup>412</sup>. Esto lleva a la conclusión antes expresada que la *causa fiduciae* lleva inescapablemente a la transferencia de la propiedad del fiduciante al fiduciario<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> Ibidem, páginas 1775-1776.

<sup>413</sup> Cf. ibidem, página 1776: “Esto plantea varias interrogantes en relación a las responsabilidades del fiduciante o fiduciario ante un caso de quiebra y sus correspondientes responsabilidades patrimoniales, según lo expresa el mismo autor. “Sin embargo, quedan sin resolver otros muchos problemas, entre los que descolla la intervención de los terceros acreedores, ya del fiduciante, ya del fiduciario. En concreto, por mencionar la secuela más intolerable y llamativa, en los casos de ejecución universal o particular del fiduciario, y particularmente, en su quiebra, el fiduciante, en puridad lógica, no tendría derecho a separar los bienes confiados en fiducia respecto de la masa de la quiebra, puesto que responderían de las deudas de su actual propietario, el fiduciario; con lo cual, al fiduciante sólo le asistiría un derecho de crédito en concurso con el resto de los acreedores del fiduciario. Los defensores de la teoría del doble efecto hubieron de incurrir en una aporía insalvable para tutelar los derechos del fiduciante y concederle la recuperación del objeto transferido fiduciariamente, cuando no lo consideraban propietario del mismo”.



Como se mencionó anteriormente los partidarios de la teoría del doble efecto son los siguientes: González, Castán Tobeñas, Navarro Martorell, Garriguez, Jordano Barea en un primer momento, entre otros.

Fuenteseca<sup>414</sup> afirma que Castán Tobeñas sigue la línea de pensamiento de Ferrara en relación al negocio fiduciario en su naturaleza y estructura, quien a su vez sigue a Goltz. Como Ferrara ve el negocio fiduciario como una forma compleja que consta de dos negocios. Por un lado, está el contrato real positivo mediante el cual se transfiere la propiedad de manera perfecta e irrevocable y, por otro lado, está el contrato obligatorio negativo mediante el cual el fiduciario tiene el poder de usar el derecho adquirido de manera limitada y después habrá de restituirlo al fiduciante. Por ende, dichos autores ven en el negocio fiduciario dos aspectos, un real y el otro obligacional, donde, según Ferrara, en el aspecto real el fiduciario es propietario y acreedor frente a todos, erga omnes.

---

<sup>414</sup> FUENTESECA, C., El Negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, páginas 85-86; citando a Castán Tobeñas, J., Derecho civil español, común y foral, Tomo I, Introducción y Parte General, Volumen II, Decimocuarta edición, Revisada y puesta al día por J.L. de los Mozos, páginas 726-730.

Para Jordano Barea "el negocio fiduciario es admisible en el Derecho español aunque en él rija el sistema causal de las transmisiones. No estando necesariamente ligado el negocio fiduciario a la naturaleza abstracta del acto traslativo, cabe perfectamente la posibilidad de un negocio fiduciario causal, directo o disimulado bajo la apariencia de otro negocio causal típico traslativo de dominio. No existe un *numerus clausus* de causas válidas para provocar el efecto jurídico traslativo. La *causa fiduciae* es encuadrable en el ámbito de la autonomía privada, la cual no encuentra otros límites que no sean las leyes, la moral y el orden público"<sup>415</sup>.

Para entender esta posición de Jordano Barea en su etapa temprana, este autor llega a las siguientes conclusiones sobre la *causa fiduciae*: "La *causa fiduciae* es atípica, en el sentido que no responde a ningún tipo de negocio contemplado especialmente por el ordenamiento jurídico. Tiene índole propia y exige por sí misma el traspaso de la propiedad, tanto en la *fiducia cum amico* como en la *fiducia cum creditore*. La transmisión de propiedad es indispensable para el logro del fin práctico perseguido. Existe todavía una

---

<sup>415</sup> JORDANO BAREA, J. B., *Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto*. Revista de Derecho Privado. Tomo XLII. Enero-Diciembre 1958. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, página 1032.

disonancia o falta de homogeneidad perfecta consistente en que la transmisión es siempre definitiva, al paso que desde el punto de vista de la *causa fiduciae* debería ser temporal o transitoria”<sup>416</sup>. “El fiduciario es propietario titular pleno y verdadero no sólo frente a terceros, sino también incluso frente al mismo fiduciante. Siempre que falte esta titularidad se está fuera del campo de los negocios fiduciarios”<sup>417</sup>. “La voluntad dirigida al efecto jurídico traslativo es relevante precisamente porque se apoya en un intento empírico atípico que provoca y justifica aquel efecto”<sup>418</sup>. “El negocio *fiduciae causa* no es necesariamente abstracto ni causal. Cabe perfectamente tanto la posibilidad teórica de un negocio fiduciario abstracto como de un negocio fiduciario causal”<sup>419</sup>. Finalmente, “la *causa fiduciae* informa el contenido del negocio fiduciario. Los efectos reales y los efectos obligatorios (obligación de retransmitir y de comportarse con arreglo al fin propuesto) tienen el mismo fundamento causal. La *fides* es el puente que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio. El negocio fiduciario es así un negocio real-obligatorio”<sup>420</sup>. Por lo antes

---

<sup>416</sup> Ibidem, página 1031.

<sup>417</sup> Ibidem, página 1031.

<sup>418</sup> Ibidem, página 1031.

<sup>419</sup> Ibidem, página 1031.

<sup>420</sup> Ibidem, página 1031-1032.

expuesto podemos ubicar la posición de Jordano Barea como una de apoyo a la teoría del doble efecto.

Según Fuenteseca<sup>421</sup>, Navarro Martorell también hace la diferenciación romana de la fiducia en *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*. Además, caracteriza el negocio fiduciario en el aspecto real y el aspecto obligacional. El aspecto real se expresa en la atribución de una titularidad plena basada en la confianza. El aspecto obligacional se expresa en la obligación personal asumida por el fiduciario de hacer uso de la titularidad plena conforme al negocio real. Este rechaza la existencia de una propiedad formal y una propiedad material, ya que la transmisión de la titularidad plena constituye la esencia del negocio fiduciario.

Según Fuenteseca<sup>422</sup>, Garrigues Díaz-Cañabate enfoca su concepto del negocio fiduciario desde la perspectiva del derecho concursal, de la quiebra. Según dicho autor habría que aceptarse la doctrina de la separación de la propiedad formal y la

---

<sup>421</sup> FUENTESECA, C., op. cit., página 85; citando a Navarro Martorell, M., *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona 1950, páginas 83-99.

<sup>422</sup> Ibidem, página 85; citando a GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 85.

propiedad material si se quiere admitir la reivindicación de los bienes traspasados al fiduciario. Esto es difícil de admitirse en un sistema como el sistema de derecho civil español en donde existe el concepto único e indiviso de propiedad, ya que la propiedad que adquiere el fiduciario es una propiedad perfecta y no es una propiedad formal.

“(E)l caso del negocio fiduciario no puede estar incluido en el número 3º del artículo 909, que se refiere a los bienes que el quebrado tuviera en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo. En todos estos casos la calificación de viene de dominio ajeno es indiscutible, ya que ninguno de los contratos mencionados puede representar un título de transmisión de propiedad del quebrado. Y, por otra parte, la transmisión fiduciaria no constituye al *accipiens* ni en depositario, ni arrendatario, ni en usufructuario, ni en puro administrador. Ciertamente que la masa de la quiebra quedará subrogada en las obligaciones que el pacto de fiducia imponía al quebrado. Pero estas obligaciones, como sabemos, no afectan para nada a la situación real de las cosas fiduciadas. Para que esas cosas puedan ser reivindicadas por el fiduciante, habría que admitir la doctrina de la separación entre la propiedad formal y propiedad

material, distinción difícilmente armonizable con los textos de nuestro Derecho positivo, que no conocen más que un concepto único e indiviso de la propiedad. El fiduciario adquiere, pues, una propiedad perfecta no formal ni limitada. En nuestro Derecho, o se es propietario o no se es; pero no hay una posición intermedia de propietario que lo sea frente a determinadas personas y no lo sea frente a otras"<sup>423</sup>. Garrigues expone que en el derecho anglosajón se reconoce el desdoblamiento de la propiedad en una propiedad legal o nominal y en otra propiedad bonitaria fundamentada en la equidad, donde la primera corresponde al fiduciario y la segunda la fiduciante, trayendo como consecuencia que el fiduciante tiene el derecho de reivindicación de corpus fiduciae de la masa de la quiebra del fiduciario<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, páginas 84-85.

<sup>424</sup> Cf. *ibidem*, página 85, nota 69; También añade el mismo autor, páginas 23-24: "La concepción moderna del negocio fiduciario se inspira en la fiducia de tipo romano con su desdoblamiento tradicional de dos negocios: el negocio real positivo de transferencia y el negocio obligacional negativo o *pactum fiduciae*. Al espítiru del Derecho continental no se adapta -...- la estructura de la fiducia de tipo germánico, que conduce a una legitimación formal del fiduciario con simultáneo reconocimiento de un derecho real del fiduciante; a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante; a un fraccionamiento, en suma, del derecho de propiedad en *dominium legitimum* y *dominium naturale*, división ésta que es propia del Derecho feudal y que no ha

### **3.3.2.2 De la propiedad formal y propiedad material a la titularidad fiduciaria o propiedad fiduciaria**

La teoría del doble efecto fue atacada y rebatida por De Castro en el año 1966 en una conferencia en la cual expuso su inadmisibilidad técnica y material de dicha teoría en el ordenamiento jurídico español, pero entonces propuso el concepto de 'titularidad fiduciaria' como respuesta a su oposición<sup>425</sup>. Lo central en dicha proposición es que no implica la transmisión de la propiedad de la res fiduciae por parte del fiduciante al fiduciario<sup>426</sup>. Según Cámara Lapuente, esto ha sido acogido unánimemente por la doctrina y ha ido la base de las decisiones jurisprudenciales<sup>427</sup>.

Cámara Lapuente resume en cinco puntos los argumentos contra la teoría del doble efecto. Estos son los siguientes: "1) El apoyo histórico del doble efecto no presenta suficiente consistencia, pues en las fuentes romanas existen

---

pasado a los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a excepción del Derecho inglés con la institución del 'trust'".

<sup>425</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, página 1776.

<sup>426</sup> Cf. ibidem, página 1776.

<sup>427</sup> Cf. ibidem, páginas 1776-1777.

algunos mecanismos que permiten dudar de que el fiduciario adquiriese el dominio pleno, además de que el auge de la fiducia tuvo lugar en época primitiva y en correlación con el formalismo, y tales circunstancias se han desvanecido. 2) La doctrina alemana e italiana, que crearon la teoría, la han abandonado, con lo que el argumento de autoridad también desaparece. 3) Las injustas consecuencias que se derivan de la aplicación lógica y directa de sus postulados (desprotección total del fiduciante, tutela infundada de terceros adquirentes de mala fe, anomalías en relación con los acreedores, etc.) ponen en tela de juicio la bondad y utilidad de la construcción. 4) El principio de autonomía de la voluntad, que se dice servir de fundamento, se enfrenta abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron (no transmitir la propiedad; recuérdese la frecuente contradicción del documento público con un documento privado). 5) Pero, sobre todo, como argumento capital, esa duplicidad de efectos no encaja con un sistema causalista como el español"<sup>428</sup>.

El argumento causalista como se puede apreciar juega un papel central en la argumentación contra la teoría del doble efecto. Esto se debe a que el ordenamiento español no

---

<sup>428</sup> Ibidem, página 1777.



acepta los negocios abstractos. Como requisito para la existencia de un contrato se necesita una causa propia y adecuada según lo exigen los artículos 1.261 y 1.274 del Código Civil y, también la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva) mediante la tradición (*traditio*, entrega) según el artículo 609 del Código Civil<sup>429</sup>. Por esta razón cuando se aprecia la figura de la venta en garantía, ésta no se puede considerar como negocio transmisor, ya que carece de causa propia, falta el precio que es el requisito necesario conforme al artículo 1445 del Código Civil<sup>430</sup>. Al argumento de la existencia de dos contratos independientes, entonces, nos encontramos que le faltaría la causa a uno<sup>431</sup>. Entonces, si la causa del negocio fiduciario consistiese en una unitaria, por la unidad del negocio, no existe "reciprocidad de prestaciones propia de un contrato con causa onerosa; a la entrega de la cosa no corresponde un precio, sino un fin de garantía, o, en su caso, de mandato"<sup>432</sup>. Esto conduce a la inescapable conclusión "que la '*causa fiduciae*' es inadecuada en el sistema

---

<sup>429</sup> Cf. *ibidem*, página 1777.

<sup>430</sup> Cf. *ibidem*, página 1777.

<sup>431</sup> Cf. *ibidem*, página 1777.

<sup>432</sup> *Ibidem*, página 1778.

causalista para transmitir plenamente la propiedad”<sup>433</sup>.

Hasta el momento se puede ver que por un lado se descarta la teoría del doble efecto para explicar el negocio fiduciario y que no ocurre una transmisión de la propiedad ya que no hay una causa fiducia que la apoye.

Entonces la doctrina que descartó la teoría del doble efecto explica el negocio fiduciario mediante los conceptos de propiedad formal y material. La propiedad material corresponde al fiduciante, quien continua reteniendo el dominio. Por ello es que no ocurre la transmisión de la propiedad en sentido de dominio. La propiedad formal corresponde entonces al fiduciario, la cual no es otra cosa que una propiedad en apariencia del negocio fiduciario externo. La consecuencia de esto es que el fiduciante, por razón de la denominada propiedad material, retiene todos los derechos propios del dominio, uso, goce, reivindicación, frutos, etc.; y el fiduciario, por razón de la propiedad formal, adquiere la propiedad formal mediante la cual un tercero de buena fe tendría acción contra éste pero no contra

---

<sup>433</sup> Ibidem, páginas 1777-1778.

el fiduciante, quien mantiene el derecho de reivindicación<sup>434</sup>.

Esta nomenclatura fue atacada por considerarla contraria al concepto unitario de propiedad del derecho español, por lo que se sustituye el concepto de propiedad formal en el negocio fiduciario por el de titularidad fiduciaria<sup>435</sup>. Cámara Lapuente resume los efectos de la titularidad fiduciaria según la doctrina y la jurisprudencia a la manea de una "limitada eficacia real" con el siguiente contenido: "el derecho de retención del fiduciario; su preferencia en el cobro garantizado con la fiducia; un poder limitado por el disfrute del fiduciante; la obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados; la imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario; la garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia creada; el

---

<sup>434</sup> Cf. *ibidem*, página 1778: "Ha de añadirse las consecuencias que conllevan este tipo de solución como expresa el autor citado: Como puede apreciarse, esta descomposición de la propiedad acercaría en grado sumo el negocio fiduciario al trust anglosajón y a su distinción entre legal y equitable title. Sin embargo, esta solución ha sido ásperamente criticada, debido a que supondría la creación de un tipo especial de derecho real, poco acorde, se argumenta, con la presunta tendencia al cierre del número de los derechos reales y con el concepto unitario de propiedad acogido en el ordenamiento español".

<sup>435</sup> Cf. *ibidem*, página 1779.

derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario; entre otros efectos ...”<sup>436</sup>.

---

<sup>436</sup> Idem, página 1779. También del mismo autor: “Esta situación del fiduciario lleva a la posibilidad de aceptar un patrimonio de afectación en el negocio fiduciario, como lo expresa el mismo autor, pero que se habrá e tratar posteriormente en este trabajo. “Una vez consolidada la noción moderna de titularidad fiduciaria, tras un tortuoso camino, quizá no resultase descabellado, dando un paso más, añadirle la idea de «patrimonio-afectación» (Zweckvermögen, Zwecksatzungen) o «patrimonio destinado a un fin». La suma de ambas ideas situaría el negocio fiduciario español en una esfera muy cercana al trust internacional confeccionado por la Conferencia de La Haya de 1985. Así, con el negocio fiduciario, se constituiría un patrimonio destinado a una concreta finalidad, de garantía o de gestión, de manera que el fiduciario ostentaría sobre el mismo tan sólo una titularidad formal o fiduciaria, de carácter funcional y transitorio, pero no ingresaría en su propio patrimonio. Los rasgos de estos patrimonios autónomos se aplicarían al patrimonio fiduciario, en el sentido de constituir una universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma, que dejaría de existir al desaparecer su base jurídica. Aunque sólo minoritariamente, este diseño ha sido ratificado por la jurisprudencia (Res. DGRN 14 junio 1922 y STS 23 mayo 1935) y por algún autor. Por lo demás, la idea de «patrimonio-afectación» no resulta desconocida en el ordenamiento positivo español”. Idem, páginas 1779-1780. “Es por ello que la posición de Cámara Lapuente respecto a la ubicación del negocio fiduciario es que este corresponde al de los derechos reales y no de obligaciones. “Para concluir este panorama dogmático queda por resolver una pregunta, de sencilla respuesta en el contexto español: ¿el negocio fiduciario se incluye en el ámbito obligacional o en el ámbito de los derechos reales y la propiedad? Después de lo dicho, la respuesta es clara: toda la problemática de la fiducia se encierra en el sistema de los derechos reales y ese es el prisma desde el que debe examinarse el tema, sin que resulte óbice el hecho de que en los manuales y tratados españoles suele explicarse el negocio fiduciario al hilo de los negocios jurídicos, como un tipo de éstos”. Ibidem, página 1783.

Fuenteseca cataloga a De Castro, Albaladejo y Jordano Barea como los más enérgicos oponentes de la llamada teoría del doble efecto en el negocio fiduciario. "Los tres niegan que sea posible ver en la venta en garantía una verdadera transmisión de propiedad y parecen reconocer la existencia de un negocio simulado"<sup>437</sup>.

Según Fuenteseca<sup>438</sup>, De Castro ve como consecuencia del pacto fiduciario el fiduciario habrá de tener un poder sobre la cosa de 'mandato, comisión, servicios, depósito, garantía en beneficio propio o ajeno'. La eficacia real que le reconoce este autor al negocio fiduciario en la venta en garantía sería una similar a la hipoteca mobiliaria o inmobiliaria. Existe una separación visible de la cosa objeto del negocio fiduciario respecto al **patrimonio del fiduciante** tanto mediante la entrega de la cosa como de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para De Castro la teoría del doble efecto se ha desechado por la doctrina española. Esta misma doctrina, por el contrario, cuando se presentó por primera vez el negocio fiduciario, pero no según

---

<sup>437</sup> FUENTESECA, C., op. cit., pagina 82.

<sup>438</sup> Cf. ibidem, páginas 82-83; citando a DE CASTRO y BRAVO, F., El negocio jurídico, op. cit., páginas 423-432.

la teoría del doble efecto, lo hizo a base de la idea que el fiduciante retenía la propiedad material de la *res fiduciae*, pero el fiduciario, entonces, recibía la propiedad formal<sup>439</sup>. Esta teoría ha sido respaldada tanto por autores como por el mismo Tribunal Supremo<sup>440</sup>. "Su aceptación implícita en otros casos puede explicar las muchas sentencias de nuestro más alto Tribunal en las que, después de afirmarse el desdoblamiento de los efectos real y obligatorio en el negocio fiduciario, limitan prudentemente la eficacia real a la relación del fiduciario con terceros de buena fe, y en lo demás tratan al fiduciante como verdadero propietario o propietario material de la cosa confiada"<sup>441</sup>.

Esta teoría de la propiedad formal del fiduciario ha sido también foco de críticas dirigidas contra el desdoblamiento en propiedad material y propiedad formal, trayendo como consecuencia la creación de derechos reales extraños al ordenamiento jurídico español<sup>442</sup>. Por lo que De Castro expone como defensa a ella "que la eficacia de un derecho real típico puede quedar debilitada conforme al título que lo constituye y que no es aceptable la concepción extremadamente

---

<sup>439</sup> Cf. *ibidem*, páginas 420-421.

<sup>440</sup> Cf. *ibidem*, página 421.

<sup>441</sup> *Ibidem*, página 421.

<sup>442</sup> Cf. *ibidem*, página 422.

rígida sobre los tipos de derechos reales”<sup>443</sup>. De Castro propone que es preferible hablar de titularidad fiduciaria<sup>444</sup>. Independientemente de que se utilice el término de titularidad fiduciaria o de propiedad formal para la condición jurídica del fiduciario, según De Castro, lo importante es en el sistema jurídico español que esto no se base “en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (mandato o garantía de préstamo disimulado)”<sup>445</sup>. En relación a la *fiducia cum amico* y la titularidad fiduciaria De Castro afirma que ésta es la que ofrece menos problemas, ya que su fundamento yace en un mandato<sup>446</sup>.

Fuenteseca<sup>447</sup> sitúa a Albaladejo entre los opositores a la admisibilidad de la teoría del doble efecto y que de las dos partes existentes en el negocio fiduciario, la parte externa sólo se quiere para ocultar la parte interna que es el verdadero negocio. Según este autor, “que no está en el ánimo de las partes el efectuar la

---

<sup>443</sup> Ibidem, página 422.

<sup>444</sup> Cf. idem, página 423.

<sup>445</sup> Ibidem, página 423.

<sup>446</sup> Cf. ibidem, página 424.

<sup>447</sup> Cf. FUENTESECA, C., op. cit., página 83: citando a Albaladejo, M., El llamado negocio fiduciario e simplemente un negocio simulado relativamente, páginas 663 y siguientes.

transmisión y... el negocio exterior no es válido no sólo porque falte el consentimiento sino porque tampoco hay causa al resultar insuficiente para la transmisión la causa de garantía, administración, etc. Propugna, por tanto, Albaladejo la validez del negocio disimulado, si se prueba su existencia, apoyándose en el art. 1276 C.C. El negocio interno se configura, en su opinión, como negocio de garantía, en ningún caso transmisor del dominio"<sup>448</sup>.

Para Fuenteseca<sup>449</sup>, Jordano Barea en una obra posterior a su obra de 1958 y 1959, se expresa de la siguiente manera sobre la relación entre la fiducia o negocio fiduciario y la representación indirecta para adquirir sin poder. En este caso el mandatario recibe el precio de la cosa de manos de su mandante. El precio entra indirectamente en el patrimonio del mandatario por medio de la *venditionis causa*. Por eso, la adquisición es una con carácter fiduciario cuando se lleva a cabo la entrega del precio conforme a la confianza depositada por el mandante en el mandatario. Según Jordano Barea, el precio se transmitió *mandati vel fiduciae causa*. Esta causa a su vez

---

<sup>448</sup> Ibidem, página 83.

<sup>449</sup> Ibidem, páginas 83-84; citando a Jordano Barea, J.B., Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria, Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 16-V-83 a la luz de la doctrina del profesor Castro, A.D.C., 1983, pp. 1437 y siguientes.



la que da pie a la retransmisión de la cosa adquirida. Entonces, el precio es una cosa confiada *sub fiducia* para cumplir una finalidad específica. La relación con la fiducia se encuentra en la fiducia cum amico contracta que según Jordano Barea el fiduciario es un depositario. De ahí que se afirme que el fiduciario ostente una propiedad formal, ya que como mandatario *ad acquirendum proprio nomine* ostente una titularidad fiduciaria provisional transitoria.

Según la misma autora<sup>450</sup>, Díez-Picazo y Gullón en su obra conjunta siguen la diferenciación romana de la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore* y consideran correcto la existencia de la propiedad formal y la propiedad real. Para ellos el fiduciante es el propietario formal, quien puede estar investido del *ius fruendi* y el *ius utendi*, además, de corresponderle las accesiones y mejoras.

En relación con el problema de la propiedad en el negocio fiduciario Díez-Picazo y Gullón sostienen la posición de que en el negocio fiduciario se produce una diversificación en la propiedad: hay una propiedad formal y una

---

<sup>450</sup> Idem, página 90.

propiedad material<sup>451</sup>. Expresan que "(l)a propiedad fiduciaria es eficaz frente a los terceros de buena fe. Inter partes se producen también sus efectos en tanto no se hayan cumplido las finalidades de la fiducia. El fiduciario puede, pues, oponerse justamente a retransmitir la cosa al fiduciante o al tercero destinado para ello, en tanto que dicha finalidades no se hayan cumplido. El fiduciante es, sin embargo, tanto inter partes como frente a terceros que no sean adquirientes de buena fe de los bienes, el propietario real. Lo que quiere decir que está legitimado para hacer suyos los frutos y los productos de la cosa, ejercitar el *ius fruendi* y el *ius utendi*, para hacer suyas las acciones y la mejoras, etc. Ahora bien, esa propiedad fiduciaria nace de un negocio que se quiere alejar de la órbita de la simulación. En un plano puramente teórico, la diferenciación entre fiducia y simulación es tarea sencilla. El negocio simulado constituye la creación de una apariencia negocial, que, en cuanto tal, no es querida por las partes. El negocio simulado es un negocio ficticio, no real. Con él no se quiere ningún resultado jurídico fuera de la creación de la apariencia. En cambio,

---

<sup>451</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. 7ma edición revisada y puesta al día. Madrid: Técnos, 1997, página 529.

el negocio fiduciario es un negocio verdadero, real, y seriamente querido"<sup>452</sup>.

Roca Sastre analiza la fiducia desde la perspectiva de la *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*, según la opinión de Fuenteseca<sup>453</sup>. La primera para fines de garantía la segunda para fines de gestión. Según este autor la posición jurídica del fiduciario es una desdoblada en relación a terceros o al fiduciante.

Doral y Del Arco "entienden que existe una obligación personal del comprador que está sujeta a condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó"<sup>454</sup>. Estos autores hace dicha expresión en relación a la *fiducia cum creditore*.

En relación a la titularidad fiduciaria, Doral y Del Arco siguen la línea de pensamiento de Roca Sastre, quien dice que la "(t)itularidad fiduciaria es la de un titular de una propiedad fiduciaria por ser adquirida en virtud de negocio

---

<sup>452</sup> Ibidem, página 529.

<sup>453</sup> FUENTESECA, C., op. cit., página 87; citando a Roca Sastre, R.M., Derecho hipotecario, Tomo II, Registro de la Propiedad, 5to, ed., Bosch, Barcelona, 1954, ppáginas 222-229.

<sup>454</sup> Ibidem, página 88; citando a Doral, J. A.; Del Arco, M. A., El negocio jurídico, ed. Trivium, 1982, página 273.

fiduciario, o sea, de un negocio jurídico de disposición fiduciaria. Este adquirente 'fiduciario' deviene dueño de la cosa o titular del derecho real objeto del negocio fiduciario; y es dueño *erga omne*, o sea, frente a todos por bien que cuanto al transferente (fiduciante) se encuentra en la postura derivada del *pactum fiduciae*, en cuanto éste le obliga a producirse respecto de la propiedad adquirida, bajo una conducta adecuada o congruente con el fin de la fiducia. El fiduciario es propietario o titular del dominio o derecho real que le ha transmitido el fiduciante; pero tan sólo frente a terceros, ya que frente al fiduciante está vinculado *inter partes* por el *pactum fiduciae*. En consecuencia, al ser el fiduciario propietario frente a terceros, está legitimado para disponer válidamente de la cosa o derecho adquirido. Ante terceros, sus poderes dispositivos son incondicionales y, por tanto, si traspasa los límites del *pactum fiduciae* no afecta a dichos terceros, ya que el citado pacto tiene eficacia puramente obligacional entre fiduciante y fiduciario. La existencia del mencionado pacto no trasciende para nada a los terceros"<sup>455</sup>.

---

<sup>455</sup> DORAL, J. A. y DEL ARCO, M. A., El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Trivium, 1982, páginas 269-270; igual en artículo, Negocio fiduciario, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZALEZ, M., Diccionario de derecho civil. Tomo Segundo (H-Z). Madrid: Editorial Aranzadi, 1984, página 232: "Los efectos: Son de carácter real y personal, según se trate,

Por otra parte Doral García hace un recuento de las sentencias del Tribunal Supremo Español en relación al negocio fiduciario y resalta la sentencia de 6 de abril de 1987 en la que la 'titularidad fiduciaria' o 'propiedad formal' "se presenta como algo que en la realidad no es, pero, considerada en sí misma, permite la actuación de la efectiva titularidad de una relación. Además la titularidad formal puede contar con la publicidad, oponible por los terceros (art. 34 Ley Hipotecaria)"<sup>456</sup>.

En el caso de De los Mozos asume también la clasificación romana de la fiducia en *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico* según entiende Fuenteseca<sup>457</sup>. Sigue la crítica de De Castro a la teoría del doble efecto. "A su juicio es más acertada que la de aquellos autores que opinan que la adquisición del fiduciario es un *dominium impropiae dictum* o propiedad formal. El

---

respectivamente, de los que produzca el negocio de disposición o el negocio obligacional, que forma la rrama de aquél. El primero provoca una transmisión a favor del fiduciario; el segundo una obligación contraída por él, de conducirse de modo congruente con el fin querido por las partes".

<sup>456</sup> DORAL GARCIA, J. A.: El Negocio Jurídico ante la jurisprudencia. Madrid: Editorial Trivium, 1994, página 167.

<sup>457</sup> FUENTESECA, C., op. cit., página 88; citando a DE LOS MOZOS, J. L., El negocio jurídico, páginas 476-481.

fiduciario,..., adquiere un *titulus retinendi* no un *titulus acquirendi*".

Seún de los Mozos, "modificando el alcance normal de los efectos del negocio que las parte han configurado por la *buena fe*, se produce, en este caso, en favor del fiduciario, mediante el negocio realizado, la adquisición a lo sumo de un *titulus retinendi*, no de un *titulos acquirendi*. De este modo, tratándose de una *fiducia cum creditore*, mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega frente al fiduciario la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio. No tiene otra forma de actuar el principio de la buena fe cuando se plantea un conflicto entre un *habere* y un *facere*"<sup>458</sup>. Para ello el mismo autor, cita entre otros a los artículos 453 ("Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención...") y 1600 ("El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague")<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> DE LOS MOZOS, J. L., El negocio jurídico. páginas 480-481.

<sup>459</sup> Cf. *ibidem*, página 481, nota al calce 50.

Puig Brutau asume también la clasificación romana de la fiducia con la *fiudcia cum amico* y la *fiducia cum creditore* Según Fuenteseca<sup>460</sup> conforme a la exposición de Fuenteseca<sup>461</sup>. Además, sigue la línea de pensamiento crítico de De Castro, quien requiere que cada contrato tenga una causa. Por ello no puede haber una venta en garantía por carecer de precio en el pacto fiduciario que sería la causa. También, expresa que el dominio se divide en una parte formal y otra parte material. Finalmente, reconoce el autor que el derecho del fiduciante es de carácter personal y que el fiduciario tiene el derecho real de retención hasta que ocurra el cumplimiento de la obligación garantizada. Como se puede apreciar, esto se refiere a la *fiducia cum creditore*.

Puig Brutau se expresa en los siguientes términos en relación a los derechos del fiduciante y del fiduciario en las diferentes fiducias. "Compatible con el derecho personal de recuperación del fiduciante es el derecho del fiduciario, en la fiducia con el acreedor, de retener la cosa hasta que se haya extinguido la obligación asegurada. Incluso la posición más

---

<sup>460</sup> FUENTESECA, C., op. cit, páginas 88-89; citando a PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de derecho civil, Tomo II, Vol. I, páginas 463-470.

<sup>461</sup> Ibidem, páginas 88-89; citando a PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de derecho civil, Tomo II, Vol. I, páginas 463-470.

fuerte del vendedor con pacto de retro, que dispone de una acción real para recuperar la cosa (art. 1510 CC), sólo le permite usar de su derecho si reembolsa al comprador el precio de la venta y le abona determinados gastos (art. 1518 CC); por ello no hay duda que el deudor fiduciante, que sólo puede recuperar lo transmitido en fiducia por acción personal, tendrá que proceder al mismo abono previo de las cantidades debidas"<sup>462</sup>. Pero en relación a la *fiducia cum amico* Puig Brutau la asemeja al contrato del mandato. "Mientras en la *fiducia cum amico* las partes recurren a una transmisión de propiedad para unos fines que normalmente corresponden al contrato de mandato, en la *fiducia cum creditore* lo que hacen es obtener un resultado semejante a la constitución de una garantía real. En el caso de fiducia con el acreedor, con incumplimiento por parte del fiduciante, éste podría sostener que el acreedor no puede incautarse definitivamente del objeto entregado en fiducia, sino que debería proceder de manera semejante al caso de ejecución de una garantía real"<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> PUIG BRUTAU, J., Artículo: Negocio fiduciario. En: Pellisé Prats, Buenaventura (dirigida por) y Mascareñas, Carlos E. (iniciada por), Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XVIII. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1982, página 208.

<sup>463</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. III, Tercera edición actualizada. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1983, página 378; también en PUIG BRUTAU, Negocio fiduciario, op. cit., página 208.



La opinión de Fuenteseca<sup>464</sup> sobre los planteamientos de Cámara Lapuente es que dicho autor al analizar el negocio fiduciario sigue la diferenciación de la fiducia romana en una *fiducia cum amico* y otra *fiducia cum creditore*. Este afirma que se trata de un derecho real de garantía atípico en relación al Código Civil, pero con apoyo en el artículo 1255. Este autor reconoce, además, un derecho real de retención implícito hasta que se cumpla con la obligación pactada. En relación a la jurisprudencia reconoce la titularidad formal y la titularidad material con la existencia de un crédito privilegiado al hacer referencia a la sentencia de 30 de enero de 1990 del Tribunal Supremo Español. Este autor al relacionar el negocio fiduciario o fiducia con la prenda y la hipoteca señalan que ésta transmite la propiedad, cosa que no ocurre en los otros derechos de garantía.

Las conclusiones a las que llega Fuenteseca sobre el desarrollo de la doctrina española sobre el negocio fiduciario son las siguientes: "la doctrina española admite mayoritariamente que el negocio fiduciario en la visión pandectística no puede transmitir la propiedad"<sup>465</sup>. Pero sí se reconoce una propiedad formal. Sin embargo, este

---

<sup>464</sup> FUENTESECA, C., op. cit., páginas 89-90.

<sup>465</sup> Ibidem, página 185.

término no aparece completamente definido y claro<sup>466</sup>. Dicha autora se pregunta entonces, si de esta manera no se estaría reconociendo una simulación, la cual contesta en la afirmativa, ya que el negocio disimulado es un negocio de garantía<sup>467</sup>. Esto se aplicaría al caso del negocio fiduciario en su modalidad de *fiducia cum creditore*. Pero en el caso de la *fiducia cum amico*, que sería un negocio fiduciario con finalidad de administración, en relación a la transferencia de bienes, entiende Fuenteseca, que se configuraría como un supuesto apoyado en el reconocimiento de un mandato con poder de administración general<sup>468</sup>. En relación a la doctrina alemana, esta autora entiende, que allí se rechaza mayoritariamente la transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario<sup>469</sup>. En la doctrina italiana respecto a la transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario las opiniones son diversas a favor y en contra<sup>470</sup>.

---

<sup>466</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

<sup>467</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

<sup>468</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

<sup>469</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

<sup>470</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

### 3.3.3 Desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario

El desarrollo jurisprudencial de la institución del negocio fiduciario ha sido uno irregular desde que tanto la doctrina española lo asumiera. Según los autores Cámara Lapuente y Fuenteseca<sup>471</sup> clasifican este desarrollo en

---

<sup>471</sup> Ibidem, páginas 177-181, "4. Conclusiones: I. Respecto al problema de si existe o no una transmisión de propiedad parece que podrían señalarse los aspectos siguientes acerca de la posición de la jurisprudencia que hemos analizado: (...)2. A nuestro juicio podrían quizá distinguirse cuatro etapas: **1.a etapa:** Sentencia 23 de Mayo de 1935 que reconoce que se transmite la propiedad pero no el dominio absoluto. **2.a etapa:** Sentencia 10 de Marzo de 1944 hasta sentencia 20 de Noviembre de 1965. En este intervalo de tiempo, los fallos del Tribunal Supremo parecen inclinarse mayoritariamente a favor de la llamada teoría del doble efecto reconociendo una transmisión de propiedad. (...) **3.a etapa:** En este período, las sentencias del Tribunal Supremo padecen, a nuestro juicio, cierta confusión al abordar la cuestión que nos interesa. Dicha confusión parece vislumbrarse a partir de la sentencia de 14 de Diciembre de 1965. Es precisamente en esta tercera etapa donde con cierta frecuencia el Tribunal Supremo se inclina a favor del reconocimiento de lo que llama propiedad formal. Sin embargo, dentro de esta penúltima fase, nos atreveríamos a afirmar que predominan las sentencias poco claras, confusas y contradictorias. Así algunas aunque parecen propugnar la llamada teoría del doble efecto, acaban apoyándose en sentencias anteriores alusivas a la denominada propiedad formal. (...) **4.a etapa:** Conviene destacar que parece detectable en el año 1995 un cambio o giro en la Jurisprudencia. Las sentencias se acercan a las ideas de mandato, garantía o cumplimiento de un fin previsto y determinado, lo cual, en nuestra opinión, ya constituye un paso más hacia una dirección más acertada. II. De las cerca de cincuenta sentencias que hemos analizado veremos seguidamente cuantas se pronuncian de modo principal admitiendo una transmisión de propiedad como fundamento del fallo: A nuestro juicio solamente son cinco sentencias: 10

diferentes etapas. Entendemos que la clasificación de Cámara Lapuente es la más acertada ya que correlaciona los tres momentos de dicha institución con las teorías en torno a la transmisión de la propiedad: la teoría del doble efecto, la teoría de la propiedad formal y material y la teoría de la propiedad o titularidad fiduciaria. Habremos de incorporar los aportes de Fuenteseca por considerarlos complementarios al objetivo del presente trabajo.

En la primera etapa que va desde el 1922 hasta el 1944 la jurisprudencia explica el negocio fiduciario desde la perspectiva de la propiedad relativa o formal y "concibiendo el objeto de la fiducia como un patrimonio autónomo afectado a un fin con sus propios órganos de disposición -los fiduciarios-"<sup>472</sup>. Esta perspectiva habrá de acogerse posteriormente mediante la teoría de la propiedad o titularidad fiduciaria<sup>473</sup>.

---

de Marzo de 1944, 25 de Mayo de 1944, 31 de Octubre de 1955, 10 de Julio de 1957, 18 de Febrero de 1965".

<sup>472</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español, pagina 1783: "En esta línea, son cruciales la Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 y la STS de 23 de mayo de 1935".

<sup>473</sup> Idem, página 1783-1784: "El germen doctrinal de estas decisiones reaparecerá, en cuanto a la propiedad o titularidad formal, a partir de una importante sentencia de 1963 y, con mayor fuerza, entreverada con la moderna «titularidad fiduciaria», especialmente a finales de la década de 1980".

En una segunda etapa que va desde el 1944 hasta el 1982 es que se asume la teoría del doble efecto y se utiliza el término de negocio fiduciario<sup>474</sup>. "A partir de aquí, el Tribunal Supremo mostró unidad en cuanto a la explicación, a nivel teórico-lógico, pero fueron muy escasas las sentencias en que aplicó con todas sus consecuencias los postulados del doble efecto; así sucedió, en toda su crudeza, en la STS de 18 de febrero de 1965. En cambio, y muy especialmente a partir de la citadísima sentencia de 8 de marzo de 1963, la Sala sigue manteniendo dicha explicación de la naturaleza y estructura del negocio, pero trata de atenuar sus efectos injustos en el fallo, permitiendo el rescate de los bienes por el fiduciante que cumplió, haciendo inoponible la titularidad externa ínter partes, o, simplemente, inaplicando en cuanto a los efectos la teoría que dice seguir"<sup>475</sup>.

En la tercera etapa que va desde el 1982 al 1997 aunque al principio se mantiene la teoría del doble efecto para explicar al negocio fiduciario, en la cual incluye la transmisión del dominio, termina asumiendo la postura que la causa fiduciae

---

<sup>474</sup> Ibidem, página 1784.

<sup>475</sup> Ibidem, página 1784.

sólo produce una "limitada eficacia real", lo que hace alejarse de la transmisión de la propiedad *inter partes*"; el resultado práctico es que el fiduciario no puede obtener la propiedad, sino sólo la devolución del crédito garantizado por fiducia y el objeto ha de volver al patrimonio del fiduciante en quiebra, auténtico propietario"<sup>476</sup>. Desde ese momento es que la jurisprudencia asume el fundamento de la propiedad o titularidad fiduciaria para explicar el negocio fiduciario y ésta habrá de desaparecer una vez se cumpla con la obligación asumida y reconocida por los artículos 1255 y 1286 del Código Civil<sup>477</sup>. Desde esta etapa se sostiene que el negocio fiduciario no transmite el dominio<sup>478</sup>.

La jurisprudencia española, según Fuenteseca hasta su publicación en 1997, llega a la conclusión, luego de analizar las sentencias del Tribunal Supremo español desde la perspectiva de su admisión o no de la transferencia de la propiedad en el negocio fiduciario, que sólo pocos fallos admiten la transmisión de la propiedad en el negocio fiduciario<sup>479</sup>. Añade Fuenteseca que las sentencias hacen alusión a la existencia de una transferencia de propiedad pero sin que dicha

---

<sup>476</sup> Ibidem, página 1785.

<sup>477</sup> Ibidem, página 1785.

<sup>478</sup> Ibidem, páginas 1786.

<sup>479</sup> Cf. FUENTESECA, C., op. cit., página 185.

expresión constituya el fundamento de la determinación del destino de los bienes en controversia<sup>480</sup>. Es decir, dichas sentencias citan la teoría del doble efecto pero no la mantienen tampoco reconocen la existencia de la propiedad formal. Esto implica la concesión de la existencia de un negocio simulado relativamente<sup>481</sup>.

En la última etapa, la cual podría ubicarse desde el año 2000 hasta el presente, la jurisprudencia ha continuado con la posición de reconocer una propiedad formal o titularidad fiduciaria en el fiduciario, pero una propiedad real el dominio en el fiduciante. Esto lo encontramos en las sentencias de la primera Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español y también en los autos de dicha sala. Una referencia de la Sala de lo Penal es ilustrativa de dicha posición cuando ésta hace referencia a las sentencias de la Primera Sala para sustentar un fallo penal.

En la Sentencia número 182/2012 del Tribunal Supremo Español, Sala Primera, de lo Civil, 28 de Marzo de 2012, se puede apreciar cómo el tribunal reconoce la figura del negocio fiduciario en su modalidad de *fiducia cum amico* y fundamenta su

---

<sup>480</sup> Cf. *ibidem*, página 185.

<sup>481</sup> Cf. *ibidem*, página 232.

posición en el artículo 1255 el Código Civil y sus referencias de las sentencias precedentes en las que también se apoya en la referencia al derecho romano, citando las instituciones de Gayo: "La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*") habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000 ; 16 de julio de 2001 ; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real -en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto - pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza".

En la Sentencia n° 262/2012 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 2 de Abril de 2012, el Tribunal Supremo debe resolver una situación relacionada con un negocio fiduciario en su modalidad de



fiducia cum amico, pero al existir una obligación de devolución se podría estar ante una responsabilidad penal en caso de la no devolución. El tribunal expresa que

“(e)l condenado recibió las participaciones de la sociedad propietaria de la finca a través de una venta simulada (simulación relativa), que disimulaba un acuerdo de fiducia fundado en la confianza y la buena fe (*Fiducia cum amico*), para la conservación de los bienes a disposición de su propietario, a quien otorgó precisamente por ello un poder con plenas facultades de disposición, figurando el condenado como titular formal o aparente de la sociedad, por ser residente en la isla de La Gomera donde se situaba la finca, pero reconociendo expresamente en un contrato simultáneo la propiedad del hoy perjudicado y su condición expresa de mero fiduciario”. El tribunal reconoce la existencia de dicha figura jurídica (el negocio fiduciario), la cual no se hace referencia en el Código Civil, pero que sus referencias son doctrinales y jurisprudenciales y que “el fiduciante conserva la propiedad del bien, está reconociendo que él mismo como fiduciario carece de facultades autónomas de disposición y tiene por ello la obligación de conservarlo y devolverlo en su momento, conforme a lo acordado, sin poder incorporar el bien recibido a su propio patrimonio, porque la titularidad fiduciaria en

estos casos es una titularidad aparente, puramente externa y formal, provisional y transitoria, para el cumplimiento de un fin previsto y determinado". Allí se reconoce la titularidad fiduciaria del fiduciario como una que no la incorpora a su patrimonio y la califica como aparente, formal, externa, provisional y transitoria. "Así ha declarado la Sala Primera de este Tribunal Supremo que " la figura de la fiducia "cum amico" ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria" (entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 ; 5 de marzo y 16 de julio de 2001 ; 17 de septiembre de 2002 ; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003 ; 30 de marzo de 2004 ; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 ). 'En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza" (SSTS Sala Primera de 13 julio 2009 y 1 de diciembre de 2010)' "<sup>482</sup>.

---

<sup>482</sup> Sentencia n° 262/2012 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 2 de Abril de 2012. Subrayado nuestro.

En el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil del 8 de Julio de 2014 se trata de una situación donde se califican los hechos con la figura del negocio fiduciario en su modalidad de *fiducia cum amico*. El tribunal hace referencia a sus propias sentencias del 23 de junio de 2006 y 31 de octubre de 2003. También hace referencia a las sentencias del 24 de julio de 2004 y 30 de mayo de 2008. Esto nos lleva a la apreciación de que la jurisprudencia admite dicha figura jurídica con sus modalidades. En relación a la transmisión de la propiedad el tribunal expresa que "resulta claro que se está ante un negocio fiduciario, en la modalidad de la fiducia cum amico, por el que sólo aparentemente frente a terceros se transmite la titularidad de unos bienes al fiduciario, de forma que el fiduciante los recupera por retransmisión, y por ello el hecho de figurar la obligación de la demandada de abonar las cargas hipotecarias no es más que una clausula establecida para mantener la apariencia de la realidad de la transmisión frente a terceros, lo que corrobora el hecho de que el demandante actuara como apoderado de la demandada para gestionar dichas cargas"<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> Subrayado nuestro.

### **3.4 Conclusiones sobre el negocio fiduciario**

Se puede concluir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en relación a la existencia del negocio fiduciario admite dicha figura en sus modalidades de *fiducia cum creditore* y *cum amico*. Respecto a la transmisión de la propiedad se sostiene en la teoría de la propiedad o titularidad fiduciaria, independientemente de la terminología que utilice, mediante la cual el dominio de la *res fiduciae* se mantiene en el fiduciante y que el fiduciario sólo adquiere una titularidad fiduciaria que lo convierte en una especie de mandatario *sui generis*, por lo que tiene la obligación de devolver el bien una vez se cumpla con la finalidad del negocio fiduciario. Por ello, tiene a su favor un *ius retentionis* (derecho de retención) sobre la *res fiduciae*. La *res fiduciae* no entra en el patrimonio del fiduciario por lo que sus acreedores no los pueden alcanzar.

Algunos autores han planteado diversas conclusiones sobre el negocio fiduciario en relación a su justificación e incorporación en el ordenamiento jurídico español. Entre ellos vamos a exponer las conclusiones de Fuenteseca, Mateo y Villa y de Cámara Lapuente.

Para Fuenteseca el problema fundamental estriba en si la transferencia de la propiedad ocurre por la *causa fiduciae* en la línea de pensamiento de los pandectistas o si la causa se expresa conforme al artículo 1276 del Código Civil. Ante la posición de los pandectistas Fuenteseca opina que la causa *fiduciae* es difícil acomodarla en el ordenamiento jurídico español<sup>484</sup>. Si se considera entonces el artículo 1276 donde se requiere en los contratos una causa verdadera y lícita. Ante la venta con fin de administración, que correspondería a la *fiducia cum amico*, o fiducia de gestión, entonces, la causa del negocio oculto y disimulado, en el negocio fiduciario, correspondería al mandato para administrar<sup>485</sup>. En el caso de la venta en garantía, que correspondería a la *fiducia cum creditore*, la causa correspondería a la de garantía manifestada, entendido éste como un derecho real atípico<sup>486</sup>. Estas son las razones que expone Fuenteseca para afirmar que el negocio fiduciario en sentido estricto encaja perfectamente en el artículo el Código Civil 1276<sup>487</sup>. "Por un lado hay un negocio que se manifiesta al exterior en cuya virtud las partes manifiestan querer transmitir; por otro, existe un acuerdo que no trasciende más allá de los propios contratantes en el cual se obliga, la

---

<sup>484</sup> Cf. FUENTESECA, C., op. cit., páginas 229-233.

<sup>485</sup> Cf. ibidem, páginas 299 y siguientes.

<sup>486</sup> Cf. ibidem, páginas 299 y siguientes.

<sup>487</sup> Cf. ibidem, páginas 299 y siguientes.

parte que recibió, a retransmitir a la otra"<sup>488</sup>. Si las partes tienen la voluntad verdadera de transmitir, entonces se estaría ante una causa verdadera y lícita. El negocio querido no es el externo sino que el oculto, el cual contiene una voluntad real verdadera por la que no se quiere transmitir<sup>489</sup>. Entonces, el negocio válido con causa verdadera es el oculto, el cual es uno disimulado<sup>490</sup>. Fuenteseca concluye "que no parece que pueda reconocerse ni una intención de transmitir ni siquiera una verdadera transmisión ya que falta el precio"<sup>491</sup>.

Por otra parte no encontramos con la posición de Mateo y Villa, quien enfoca sus conclusiones en la fiducia de gestión o administración, la llamada *fiducia cum amico*, su relación con la responsabilidad patrimonial y su posible regulación via legislativa en el ordenamiento jurídico español.

Este autor entiende que la causa en el Derecho Español es un concepto compatible con negocios que no se han desarrollado en el Código

---

<sup>488</sup> Ibidem, páginas 299 y siguientes.

<sup>489</sup> Ibidem, páginas 299 y siguientes.

<sup>490</sup> Ibidem, páginas 299 y siguientes.

<sup>491</sup> Ibidem, páginas 299 y siguientes.

Civil<sup>492</sup>. La *causa fiduciae* es un concepto no tipificado entendido como "tal aquella por la que un sujeto adquiere la titularidad dominical de un bien con carácter temporal y afectado dicho bien a la finalidad de administración, con obligación de transmitir al beneficiario las rentas producidas y los bienes resultantes"<sup>493</sup>. A la fiducia de gestión se le pueden aplicar por analogía las reglas contenidas en el Código Civil a la administración de la herencia y a las sustituciones fideicomisarias<sup>494</sup>, de las cuales se trató anteriormente. En relación al patrimonio, Mateo y Villa considera que la fiducia de gestión necesita de un patrimonio separado. Esto trae consigo tanto una entrada y salida de bienes y derechos como también un centro independiente de imputación de responsabilidad<sup>495</sup>. "Esto implicará, entre otros, la existencia de un patrimonio personal y de otro fiduciario, ambos bajo la titularidad de la misma persona, y que el concurso de uno de los patrimonios no afecte al otro y viceversa"<sup>496</sup>. A este patrimonio fiduciario hay que dotarlo de la seguridad del tráfico jurídico para evitar la imputación de que pueda ser utilizado en fraude de acreedores. "Que la declaración de entrada y salida de los bienes del

---

<sup>492</sup> Cf. MATEO y VILLA, I., op, cit., páginas 2675-2676.

<sup>493</sup> Ibidem, páginas 2675-2676.

<sup>494</sup> Ibidem, páginas 2675-2676.

<sup>495</sup> Ibidem, páginas 2675-2676.

<sup>496</sup> Ibidem, páginas 2675-2676.

patrimonio fiduciario, la adjudicación de bienes y de rentas al beneficiario o cualquier otra medida de control, puede hacerse a partir de instituciones ya existentes pero que, en todo caso y dentro de lo posible, no deben perjudicar a la flexibilidad de esta figura que por su naturaleza puede ser especialmente sensible a trabas de cualquier tipo"<sup>497</sup>. Sobre el tema del patrimonio se habrá de tratar en el próximo capítulo.

Finalmente la posición de Cámara Lapuente gira en torno a la relación del negocio fiduciario con la figura del *trust*, entendido éste en su modalidad internacional como se encuentra en el Convenio de la La Haya sobre el Trust<sup>498</sup>. Sobre ello se tratará posteriormente.

---

<sup>497</sup> Ibidem, páginas 2675-2676.

<sup>498</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español. páginas 1853-1857.



## **Capítulo 4: Del fideicomiso romano a la sustitución fideicomisaria**

### **4.1 El origen y desarrollo del fideicomiso romano**

#### **4.1.1 Origen sucesorio**

El origen de la figura de la sustitución fideicomisaria se puede documentar en las fuentes del derecho romano. Para una mejor comprensión del origen de esta figura ha de explicarse la figura del fideicomiso y luego la del fideicomiso de herencia. Esta figura del fideicomiso está ligada en sus orígenes a la figura del legado, la cual era una manera de expresar la liberalidad del testador al margen de las disposiciones testamentarias<sup>499</sup>. "Bajo el nombre general de legados se combinan varios tipos de negocios mortis causa que contienen un beneficio sobre objetos singulares, distinto a la sucesión universal. Los romanos desarrollan dos formas típicas: el legado, que es un negocio estrictamente formal del antiguo *jus civile*, y el fideicomiso, de creación imperial y que dejó de

---

<sup>499</sup> Cf. GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., página 311.

lado gran parte de los requisitos de forma propios de los legados”<sup>500</sup>.

#### **4.1.2 Diferencias entre el fideicomiso y el legado**

Aunque los fideicomisos y los legados tienen un origen común han de diferenciarse para exponer claramente el concepto de fideicomiso<sup>501</sup>. Las diferencias se pueden resumir de la siguiente manera. Por un lado, “un fideicomiso puede ser impuesto a todo el que recibe algo mortis causa; no únicamente al heredero, sino también a un legatario, a un donatario mortis causa e incluso al fisco, en cuanto recibe bienes vacantes”<sup>502</sup>. Por otro lado, la forma podía ser diferente. “Para disponer un fideicomiso no existían fórmulas solemnes e inexcusables, sino únicamente que apareciera clara la voluntad del fideicomitente a tal efecto”<sup>503</sup>. Un fideicomiso puede ser ordenado no solamente en un testamento, en un codicilio<sup>504</sup>,

---

<sup>500</sup> JARAMILLO VÉLEZ, L., Derecho Romano. Historia del derecho romano. Sistema de derecho privado romano. Novena edición. Medellín: Señal Editora, 1991, página 179.

<sup>501</sup> Gayo 2, 268-283; También ver GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., páginas 324-325.

<sup>502</sup> JARAMILLO VÉLEZ, L., op. cit., página 180.

<sup>503</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta, página 64.

<sup>504</sup> Instituta 2, 25, 1-3. Tomado de KRIEGEL, HERMANN y OSENBÜRGGER, Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, Instituta-Digesto. (Traductor Ildefonso García del Corral) Barcelona: Jaime Molinas, Editor 1889, página 79.

incluso no confirmado, *nutu* (por gestos)<sup>505</sup>, en forma oral<sup>506</sup> y en idiomas diferentes al latín. "Tampoco era necesario que estuvieran escritos en latín y es esta una diferencia más con los legados; (...) pues también los *peregrini* podían instituir fideicomisos"<sup>507</sup>. Esto lo encontramos en las siguientes expresiones del Digesto: "Los fideicomisos pueden ser dejados en cualquier lenguaje; no solamente en lengua latina ó griega, sino también en púnica ó gala, ó en la de otra cualquier nación"<sup>508</sup>. Por ende, "un heredero ab intestato podía ser gravado con un fideicomiso,

---

<sup>505</sup> Ver D.32.21, pr.: "También por señas se deja un fideicomiso, con tal que lo deje por señas el que también puede hablar, á no ser que le sirva de impedimento enfermedad que le haya sobrevenido". Tomado de KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER -, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, Digesto. Tommo II.* (Traductor Ildefonso García del Corral) Barcelona: Jaime Molinas, Editor 1892, página 557. También, Ulpiano, Reg. 25.3; Paulo, Sent. 4.1.6a citado de: CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 64.

<sup>506</sup> Cf. JARAMILLO VÉLEZ, L., *op. cit.*, página 180; Ver también: AZNAR, A. D., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, página 39: "(N)o se requerían palabras ni formas especiales. Se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilio y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente".

<sup>507</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 64; Gayo 2, 282: "Igualmente, los legados redactados en griego no tienen eficacia, mientras que los fideicomisos sí".

<sup>508</sup> D. 32.11.pr., tomado de KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, Digesto. Tommo II.* (Traductor Ildefonso García del Corral) Barcelona: Jaime Molinas, Editor 1892, página 552.

pero no con un legado”<sup>509</sup>. Finalmente, “el beneficiario del fideicomiso puede ser, en alguna ocasión, el heredero, y por esta razón, es responsable de las deudas hereditarias”<sup>510</sup>.

Otra diferencia fundamental de forma entre el fideicomiso y los legados se encuentra en el carácter precativo de los primeros y el carácter imperativo de los segundos<sup>511</sup>. Según Ulpiano: “Fideicomiso es lo que se deja, no con palabras civiles, sino a modo de ruego, pues el fideicomiso no proviene del Derecho civil, sino que se basa en la voluntad del que lo dispone”<sup>512</sup>.

En el derecho romano la figura del fideicomiso proviene de la expresión “*fidei alicujus committere*” que significa encomendar a la fe de otra persona<sup>513</sup>. Este se puede definir como el ruego o encargo realizado por una persona, llamado el fideicomitente, quien le encarga a otra

---

<sup>509</sup> JARAMILLO VÉLEZ, L., op. cit., página 180.

<sup>510</sup> Ibidem, 180.

<sup>511</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 65.

<sup>512</sup> Citado de: CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 65: Reg. Ulp. 24.1: “legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur, nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur”. Reg. Ulp. 25, 1: “Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficistur, sed ex voluntate datur relinquentis”.

<sup>513</sup> Cf. JARAMILLO VÉLEZ, L., op. cit., página 180.

persona, llamado fiduciario<sup>514</sup>, hacer algo a favor de un tercero, llamado fideicomisario. Es decir, "(t)oda persona puede dejar encargada (*commendare*) a la fe (*fides*) de un asignatario suyo, especialmente de un heredero o de un legatario,

---

<sup>514</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, páginas 61-62: "La palabra *fiduciarius* no es (como erróneamente se ha creído) un término clásico empleado para designar al depositario de la confianza del testador. Solamente en pocos textos hallamos la expresión *heres fiduciarius* (nota 51). No ocurre lo mismo con las voces '*fideicommitens*' y '*fideicommissarius*', ajustadas a su contenido y empleadas por doquier en las fuentes. Puede, igualmente, colacionarse como argumento de autoridad la afirmación tajante de D'Ors: 'los romanos no llamaban fiduciario a la persona encargada de cumplir el fideicomiso, sino que, para referirse a ella, usaban circunloquios como el de 'aquel a cuya lealtad (*fides*) se hace el encargo', o 'aquel de quien se deja el fideicomiso'; pero la doctrina posterior tendió a hablar de fiduciario, pues el papel del encargado de cumplir la liberalidad *mortis causa* era del todo similar al encargado de cumplir el destino de una enajenación fiduciaria *inter vivos*' (nota 53: D'Ors, A., *Sobre el fideicomiso bancario*, 'Revista de Derecho Bancario y Bursátil', (VI), 1982, p. 407.). Pero, claro está, esta extensión analógica de expresiones es impropia y generó lo que el propio D'Ors denomina 'ambigüedad' del término 'fiduciario'. Esto dio lugar a peligrosos excesos como querer extender el derecho que adquiriría el fideicomisario al beneficiario (tercero) de cualquier encargo fiduciario *inter vivos* (nota 54) o, más reciente para nosotros, la concepción inversa, trasvasar la moderna teoría del negocio fiduciario -con peligro ínsito de la teoría del doble efecto- a las instituciones fideicomisarias *mortis causa*. Consideramos esta actitud errónea, toda vez que se busca su apoyatura en la génesis romana, cuando en este sistema, dice D'Ors, 'aunque hallamos fiduciario al que debe cumplir un fideicomiso, esto no tiene que ver con la *fiducia*, que es un acto *inter vivos*' (nota 55). Hechas estas acotaciones terminológicas, y conociendo el origen de la palabra 'fiduciario', la usaremos habitualmente por mor de la inteligibilidad, debido a la común extensión de que goza, a falta de un sustitutivo idóneo".

traspasar entre vivos el todo o una parte del emolumento de su asignación a un tercero o destinarlo a cierto fin; una disposición de esta naturaleza recibe el nombre de *fideicommissum* (I 2, 23§2), por la fórmula (no prescrita) que suele usarse: 'encomiendo a tu fe' (*fidei tuae committio*)"<sup>515</sup>. Sobre los fideicomisos en el derecho romano, Aznar dice: "que los fideicomisos son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario) por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla"<sup>516</sup>. También Cámara Lapuente lo define de la siguiente manera: "El *fideicommissum* es un encargo en forma de ruego a una persona para que haga llegar los bienes después de la muerte del disponente a manos de un tercero"<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> GUZMÁN BRITO, A., Derecho Privado Romano. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996, página 733; Gayo 2, 248; Cf. Inst. 2, 24, 3 "Más los término de los fideicomisos que están más en uso son estos: 'pido, ruego, quiero, mando, encomiendo a tu fidelidad (*fidei tuae committo*)': cada una de las que es válida, igualmente que si todas se hubiesen reunido en una cláusula". Tomado de KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER, Cuerpo del Derecho Civil Romano. op. cit., página 78.

<sup>516</sup> AZNAR, A. D., op. cit., página 39.

<sup>517</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 61.

#### 4.1.3 La "fides" y el fideicomiso

"La institución (del fideicomiso) se arraiga en la *fides*, que es propiamente la lealtad a la palabra dada. " 'La *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma, y es el fundamento de todas las obligaciones no-formales'", cual es la generada por el fideicomiso que, debido a su aformalismo y vinculatoriedad suplió,..., las carencias del legado y de la herencia misma"<sup>518</sup>.

"Así pues, el término *fides*, en el complejo *fidei-committere* (encomendar a la lealtad), va tomando por efecto de la jurisprudencia el cariz, (...), de 'aquella confianza a la que se encomienda la disposición *mortis causa* y que interpone el fiduciario, empeñando su palabra de que restituirá la herencia o determinados elementos de la misma al fideicomisario'. El participio de perfecto de esa expresión -*fidei-committere*-, incesantemente usada en las fuentes, da nombre a esta figura del derecho sucesorio: el *fideicommissum*. En este sentido, se dice en las Instituciones de Justiniano (2, 23,1): *Fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum rogabantur continebantur*". Esta disposición sucesoria dependía,..., no de la ley sino de la

---

<sup>518</sup> Ibidem, página 63.

voluntad y buena fe del instituido y carecía de tutela jurídica (...), hasta una época posterior”<sup>519</sup>.

#### 4.1.4 Causas del origen

Las causas que originaron la aparición de los fideicomisos en el derecho romano se pueden resumir en cuatro hipótesis no excluyentes entre sí planteadas por Cámara Lapuente a base de lo expuesto por los tratadistas<sup>520</sup>. Por un lado, la hipótesis más aceptada es la que plantea que los fideicomisos “surgieron para eludir la falta de *testamentifactio pasiva* en el beneficiario y burlar a través de este recurso indirecto las causas de incapacidad sucesoria”<sup>521</sup>. Esto lo encontramos en las Instituciones de Gayo cuando exponía las diferencias de los legados con los fideicomisos expresando que “los extranjeros podían adquirir fideicomisos, y quizá ese fue el origen de los fideicomisos”<sup>522</sup>. En esta misma dirección se expresa Aznar al afirmar que el origen de los fideicomisos está en los recursos para eficaces disposiciones *mortis causa* a favor de los extranjeros (*peregrini*) o de otras personas que carecían de *testamentifactio pasiva*. Después se utilizaba para burlar las leyes caducarias de

---

<sup>519</sup> Ibidem, páginas 63-64.

<sup>520</sup> Cf. ibidem, página 66.

<sup>521</sup> Ibidem, páginas 66-67.

<sup>522</sup> Gayo 2, 285: Vt ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum.



Augusto y disponer a favor de los solteros o los casados sin hijos. También para evitar los límites impuestos por las leyes Furia y Voconia, así como para hacer liberalidades a las ciudades y a otras personas inciertas<sup>523</sup>.

Por otro lado, se expone que los fideicomisos surgieron para eludir las formas complejas de los testamentos prescritas por las leyes<sup>524</sup>. También, en esa misma línea se expone como *communis opinio* en la doctrina que "fue el fideicomiso en el Derecho Romano una de esas válvulas de escape que la corriente de la vida social logra abrirse cuando el excesivo formalismo y anquilosamiento de los cauces jurídicos hacen a éstos inadecuados para contenerla"<sup>525</sup>. Finalmente, la hipótesis de menos aceptación expone que el origen de los fideicomisos es de índole moral, ya que según Marín Monroy "el fideicomiso surgió de la fe viva, de la religiosidad específicamente romana, puesto que el heredero, fiduciario, cumplía sin coacción posible la voluntad del *de cuius* sin ningún beneficio, al entender que la voluntad del muerto

---

<sup>523</sup> Cf. AZNAR, A. D., op. cit., página 40; También JARAMILLO VÉLEZ, L., op. cit., página 180.

<sup>524</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 66, citando a Declareuil, j., *Quelques notes sur certains types de fidèicommiss*, *Mèlanges Gerardin*, Paris, 1907, página 135 nota73.

<sup>525</sup> Cf. *ibidem*, página 66, citando a Arias Ramos, J., *Fideicomisos y leyes caducarias*, R.D.P., 1940, p. 153 (nota 75).

actúa en él, perviviendo de esta forma en la persona”<sup>526</sup>.

#### **4.1.5 Contenido del fideicomiso romano**<sup>527</sup>

El contenido de un fideicomiso es realmente amplio. Puede ser objeto de un fideicomiso tanto la universalidad de la herencia como algo en particular como por ejemplo “un fundo, un hombre, un vestido, plata, moneda acuñada”<sup>528</sup>. Además, puede dejar mediante fideicomiso cosas propias y ajenas como las del heredero, legatario, fideicomisario y las de cualquiera otra persona<sup>529</sup>. Según Gayo<sup>530</sup> aquí se encuentra una relación con el legado *per damnationem*, ya que si se dejara una cosa ajena mediante un fideicomiso, el fiduciario tiene que adquirirla y entregarla o para el precio equivalente como se hace con el legado antes mencionado. Finalmente, mediante un fideicomiso se puede conceder la libertad a un esclavo como se explica adelante. De esta práctica surge la figura del fideicomiso de libertad<sup>531</sup>. Mediante un fideicomiso el testador podía dar la libertad a un esclavo, ya fuese suyo o de otro. El esclavo

---

<sup>526</sup> Ibidem, página 68, haciendo referencia a Marín Monroy, Fideicomisos. Origen y evolución, R.C.D.I., (III), 1927, página 724.

<sup>527</sup> Gayo 2, 260-264; Inst. 2,24,1-2.

<sup>528</sup> Gayo 2, 260 Inst. 2,24 párrafo introductorio.

<sup>529</sup> Gayo 2, 261; Inst. 2, 24, 1.

<sup>530</sup> Gayo 2,262; Inst. 2, 24, 1.

<sup>531</sup> Gayo 2, 263-267, Inst. 2, 24, 2.

manumitido<sup>532</sup> mediante fideicomiso recibe la libertad del heredero y no del testador. "Mediante esta 'manumisión fideicomisaria' se podía conseguir indirectamente la libertad de esclavos ajenos a cambio de una liberalidad aceptada por su dueño. Este había de ser un buen medio, muy generalizado, para liberar a muchos esclavos, como era propósito de la Ética cristiana"<sup>533</sup>.

#### 4.1.6 Tutela jurídica y desarrollo histórico

##### Hasta Augusto

Como ya se expresara anteriormente el origen del fideicomiso romano se encuentra en el ámbito moral, por lo que no generaba una obligación

---

<sup>532</sup> "Los siervos se llamaron así porque los generales mandan vender los prisioneros, y por esto suelen conservarlos y no matarlos: los cuales también fueron apellidados *mancipia* porque son cogidos con la mano por los enemigos". Inst. 1, 3, §3; KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER, Cuerpo del Derecho Civil Romano. op. cit., página 8. "Son libertinos los que han sido manumitidos de una justa esclavitud. Manumisión es la dación de libertad. Pues mientras alguien está en servidumbre, está puesto bajo mano y potestad; el manumitido se libra de la potestad". Inst. 1, 5. KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER, Cuerpo del Derecho Civil Romano. op. cit., página 8-9.

<sup>533</sup> D'ORS, Elementos de Derecho Privado Romano. Tercera edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1992, página 91; "Pero la manumisión se hace de muchos modos: o en las sacrosantas iglesias según las sacras constituciones, o por vindicta o entre amigos, o por carta, o por testamento, o por otra cualquiera última voluntad". Inst. 1, 5, 1.

jurídica. Esto ocurre posteriormente. Con el emperador "Augusto se altera el primitivo carácter ético del fideicomiso para convertirse en una institución jurídica, el heredero formalmente instituido en primer lugar (fiduciario) se limita a prestar su mediación o ministerio (*nudus minister*). De heredero sólo tiene el nombre y su verdadera misión es hacer que adquiera otro: el fideicomisario"<sup>534</sup>. Así consta en las Instituciones de Justiniano: "Así, pues ha de saberse que en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie era obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado; pues si dejaban herencia o legados a aquellos a quienes no podían dejarlos, los confiaban a la fidelidad de los que podían recibir por testamentos: y por esto se llamaron fideicomisos, porque no se apoyaban en ningún vínculo de derecho, sino tan sólo en la honradez de los que eran rogados. Después, el divino Augusto fue el primero que, movido alguna que otra vez por consideración a las personas, o porque alguien se dijese rogado por la salud de él mismo, o por insigne perfidia de cierto individuos, mandó a los cónsules que interpusiesen su autoridad. Y como esto parecía justo y era popular, se

---

<sup>534</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil. 2da edición ampliada y puesta al día. Tomo V. Vol.II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1977, páginas 524-525; Inst. 2, 23, 1 y 12.

convirtió paulatinamente en jurisdicción permanente...<sup>535</sup>.

### **Senadoconsulto<sup>536</sup> Trebeliano**

"El Senadoconsulto Trebeliano, de época de Nerón (56 ó 57 d.C.), dispuso que se considerara *heredis loco* al fideicomisario, una vez le fuese restituida la herencia, y que se consideraran a su

---

<sup>535</sup> Inst. 2, 23, 1; También en Inst. 2, 23, 12: "Y como quiera que los primeros orígenes de los fideicomisos dependen de la fidelidad de los herederos, de la que recibieron así el nombre como el carácter, y por ello el divino Augusto los comprendió entre las obligaciones de derecho...".

<sup>536</sup> Para una mayor comprensión del papel que jugaba el senado consulto en el derecho romano Kunkel explica lo siguiente: "El tercer elemento de la vida constitucional romana, al lado de las asambleas del pueblo y de las magistraturas, era el 'consejo de los ancianos' (*senatus*). (...) En el senado se acumuló toda la actividad y experiencia de la clase rectora de la vida política. Era, en medio de los cambios anuales de magistrados, el factor de estabilidad de la vida constitucional romana. Ello explica el inmenso poder de esta corporación a lo largo de siglos. Sin tener propiamente poder legislativo o ejecutivo, conservó durante siglos la dirección efectiva del estado como órgano consultivo permanente (*consilium*) del magistrado. Sus consejos (*senatus consulta*), formalmente no vinculantes, encerraban las decisiones políticas claves, y mediante su derecho a disponer de los recursos financieros de la comunidad, así como por la hábil utilización de las limitaciones derivadas de la colegialidad y de la anualidad del poder de los magistrados, fue capaz de doblegar a su voluntad aun a magistrados de tendencias contrarias. El período de la soberanía del senado fue la época más brillante de la historia romana; su decadencia significó al propio tiempo la caída y hundimiento del orden republicano". KUNKEL, W., Historia del Derecho Romano. 3ª reimpresión de la 9.ª edición octubre 1985. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, páginas 27-28.

favor, y en contra de él, las acciones que correspondieran al heredero como ficticias (Gai. 2, 253; D.36, 1,1, 2), lo que le daban una posición independiente respecto del fiduciario; aunque se corría el riesgo de que el fiduciario se sintiera poco motivado a aceptar y repudiara la herencia, perjudicando así al fideicomisario”<sup>537</sup>.

“A partir del *fideicommissum hereditatis* (o *universitatis*) sirve para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero fiduciario recibía el encargo del testador de que transmitiese la herencia al fideicomisario. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias, pero no ceder su cualidad de heredero en virtud de la regla: ‘una vez heredero siempre heredero’ (*semel heres semper heres*). Para ello se servía de la venta ficticia de la herencia por una moneda y realizaría las estipulaciones de la herencia comprada y vendida<sup>538</sup> (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) para la transferencia de los créditos y deudas al fideicomisario. Si el fideicomiso era de parte de la herencia, la comunicación de créditos y deudas se realiza mediante las *stipulationes partis pro parte*. También se ceden los créditos y deudas, asumiendo el fideicomisario la función de *procurator in rem*

---

<sup>537</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., página 327.

<sup>538</sup> Gayo 2, 252.

*suam* en los procesos entablados por los acreedores contra el heredero fiduciario, que también le facilitaría el ejercicio de las acciones de la herencia"<sup>539</sup>.

"El heredero fiduciario, ante la obligación de restituir toda la herencia y de responder en definitiva de las deudas hereditarias, en muchos casos renunciaría, con lo que quedaba sin cumplirse el encargo del testador. Para evitar estos inconvenientes se dicta el SC Trebeliano, del año 56 d.C., que considera el fideicomiso de toda la herencia como sucesión universal, por lo

---

<sup>539</sup> AZNAR, A. D., op. cit., página 41; "Semel heres, semper heres. El que es heredero una vez, lo es siempre. Máxima inventada por los juristas, para los cuales era un artículo de fe, aunque no se basa en ninguna disposición legal". JARAMILLO VÉLEZ, L., op. cit., página 186 nota 1; "El principio *semel heres semper heres*<sup>539</sup> (=el que es una vez heredero lo es ya siempre) hace que no se pueda someter el nombramiento de heredero ni a condición ni a término resolutorio: el cumplimiento del hecho futuro e incierto en que consiste la condición resolutoria o la llegada del término provocaría que se dejara de ser heredero. Lo cual es incompatible con el citado principio. En cambio, se admite la condición suspensiva. Y dentro de ésta encaja la llamada 'sustitución vulgar', que consiste en el nombramiento de un heredero para el caso de que el instituido heredero no llegue a heredar (bien porque no quiera o bien porque no pueda). Aquí el testador tiene varias opciones: sustituir en la misma cuota o en otra mayor o menor, o, incluso, establecer varias sustituciones sucesivas. El rasgo esencial de esta sustitución es que no se sucede después del instituido heredero, sino en vez de él, ya que no llegó a ser heredero". MIQUEL, J., Derecho Privado Romano. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, 1992, página 419.

que se admite el traspaso en bloque del patrimonio al fideicomisario en un acto único de transmisión. El heredero fiduciario transfiere el activo y se libera de las deudas, y el fideicomisario interviene *loco heredis*, ejercitando u oponiéndose a las acciones que correspondían en pro y contra el heredero, que se consideran en el edicto como útiles”<sup>540</sup>.

### **Senadoconsulto Pegasiano**

El Senadoconsulto Pegasiano de la época de Vespasiano (69-79 d.C.), trató de evitar el riesgo de que el fiduciario no aceptara y por ende repudiara la herencia debido a las condiciones del Senadoconsulto Trebeliano, y entonces le ofrece al heredero fiduciario una cuarta parte de la herencia, la cual se le denominó la cuarta Pegasiana, la cual se perdería si no aceptaba la herencia<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> Ibidem, páginas 41-42.

<sup>541</sup> Cf. GIMÉNEZ-CANDELA, T., op. cit., página 327; “Pero antes, como los herederos instituidos a los que se rogaba restituir toda o casi toda la herencia, rehusaban aceptarla por el nulo o escaso lucro de la misma, quedando sin efecto los fideicomisos, el Senado, siendo cónsules Pegaso y Pusión, decidió que el heredero pudiese retener una cuarta parte, tal como la ley Falcidia le autorizaba tratándose de legados”. Gayo 2, 254.



“Aunque no derogaba formalmente al SC Tebeliano, de este nuevo senadoconsulto resultaba un régimen complejo y distinto. El heredero fiduciario no era ya un mero transmisor del patrimonio hereditario, sino que tenía la condición de heredero en la cuarta parte de la herencia, y el fideicomisario se sitúa en una posición parecida al legatario en el *legatum partitionis*. Ambos senadoconsultos tenían, por tanto, reglas distintas: el Trebeliano consideraba al fideicomisario como en lugar de heredero, y el Pegasiano, al mantener al heredero fiduciario como heredero de la cuarta parte, mantenía la cualidad de cesionario del beneficiado, considerado como un legatario de parte”<sup>542</sup>.

### **Reforma de Justiniano**

Luego del senadoconsulto Pegasiano surgió un sistema en el cual coexistían ambos senadoconsulto y trajo como consecuencia que se volviera complejo el régimen jurídico de los fideicomisos, algo que no siempre desembocaba en soluciones justas. Por esta razón Justiniano integró ambos senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano (Inst. 2. 23. 7), surgiendo así “el siguiente régimen: a) La restitución de la herencia se efectúa según el sc. Trebeliano, es decir el fideicomisario según el

---

<sup>542</sup> AZNAR, A. D., op. cit., páginas 41-42.

sc. Trebeliano, es decir el fideicomisario será reputado heredero siempre en la parte que le corresponda de la herencia. b) el fiduciario que acepta puede retener la cuarta pegasiana, hoy indebidamente denominada trebeliana. c) el fiduciario que renuncia es obligado a aceptar, supliendo el pretor su consentimiento, y pierde cualquier derecho sobre la herencia. Justiniano simplificó, pues dejando subsistente el régimen del senadoconsulto Trebeliano con las dos reglas del pegasiano sobre la cuarta"<sup>543</sup>. Por ello se puede afirmar que "Justiniano decidió simplificar este complejo sistema clásico, estableciendo: que al fideicomisario universal se le considerara siempre *loco heredis*, y que al fiduciario se le reservara una cuarta parte de la herencia (Inst. 2, 23, 7)"<sup>544</sup>.

#### **4.1.7 Clases de fideicomiso romano**

Es importante señalar que hasta el momento se ha estado hablando del fideicomiso sin hacer una diferenciación de éste. En la realidad del derecho romano existían diferentes modalidades de fideicomisos. El fideicomiso puro es del cual se ha estado hablando hasta el momento. Pero éste ha

---

<sup>543</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, páginas 74-76.

<sup>544</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., *op. cit.*, páginas 327-328.

de diferenciarse conforme a ciertos criterios como por razón del objeto.

#### **4.1.7.1 Fideicomiso de herencia**

Por ello se puede hablar del fideicomiso universal o el singular. En el fideicomiso universal se encomienda la transmisión de la herencia entera o de una cuota de la misma, como ocurría en la *partitio legata*<sup>545</sup>. El fideicomiso singular consistía en la encomienda de transmitir bienes concretos. A ambos fideicomisos se le conocían como fideicomisos de herencia y se remontan al inicio de los fideicomisos puros<sup>546</sup>.

“Por el *fideicommissum hereditatis*, el heredero está obligado a restituir la herencia al sucesor, esto es, a transmitirle las cosas y a enajenarle la herencia (por *mancipatio unmmo uno* y más tarde sin sujeción a forma). Para que la posición del adquirente se asemeje lo más posible a la de un heredero, es preciso la celebración de las *stipulationes* usuales en la compraventa de la herencia”<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 97.

<sup>546</sup> Cf. *ibidem*, 97.

<sup>547</sup> KASER, M., *Derecho Romano Privado*. 2da edición. Madrid: Reus 1982, página 348.

“Una sucesión en la que un heredero, cuando llegue el término o se cumpla una condición, deba suceder un segundo heredero, es desconocida en Derecho romano. Tropezaba con el obstáculo doctrinal de que la posición de heredero no puede adquirirse por tiempo limitado. Antecedentes de esta sucesión se hallan solamente en el Derecho romano vulgar occidental. Un recurso para hacer posible la sucesión entre sí de varios herederos universales hallamos en la sucesión fideicomisaria: es heredero el primer sucesor del causante, pero este heredero le es impuesta la carga de traspasar toda la herencia o una cuota parte de ella, a un ulterior sucesor. Este fideicomiso universal aparece ya en los comienzos del principado. La mayor dificultad estriba en conseguir que los créditos y las deudas se transmitan al fideicomisario. Para hacer esto posible, se esforzaron los juristas apoyados en algunos S. Cta.; las complicadas soluciones que se ofrecen tienden a aproximar esta especie de sucesión a la sucesión universal”<sup>548</sup>.

#### **4.1.7.2 Fideicomiso de residuo**

Mediante la modalidad del fideicomiso de residuo el testador podía ordenarle al fiduciario

---

<sup>548</sup> Ibidem, página 348.

que restituyera al fideicomisario sólo los bienes que quedaran luego de la muerte de éste (*quidquid supererit ex hereditate*)<sup>549</sup> o *quod ex hereditate superfuisset*<sup>550</sup>. Cuando el fiduciario muriese tenía el deber de entregar los bienes que quedaran, ya que debía quedar alguno habiéndolos usado de buena fe<sup>551</sup>. “Los jurisconsultos clásicos aplicaron la medida flexible de la *bona fides*. El heredero gravado con el *fideicommissum eius quod supererit* no disfrutará arbitrariamente, sino como *vir bonus*, absteniéndose de excesos fraudulentos”<sup>552</sup>. “La figura descrita es el fideicomiso de ‘*eo quod supererit*’, única modalidad de residuo en el derecho clásico, pues el fideicomiso ‘*si quid supererit*’ (si quedara algo) es post-clásico, surgido a partir de la Novela 108 (cap. 1º) de Justiniano”<sup>553</sup>.

---

<sup>549</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 98.

<sup>550</sup> Cf. ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano, II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*. Undécima edición. Revisada por J. A. Arias Bonet. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, página 846.

<sup>551</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 98.

<sup>552</sup> ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano. Tomo II Obligaciones-Familia-Sucesiones*. 18ª edición (Primera reimpresión 1988). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, página 866; Ver también AZNAR, A. D., *op. cit.*, página 43.

<sup>553</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 98.

#### 4.1.7.3 Sustitución fideicomisaria

Volterra explicando las diferencias entre los legados y los fideicomisos, catalogadas por Gayo<sup>554</sup>, explica que "el testador podía disponer por medio de fideicomiso que la herencia pasara a otras personas después de la muerte del heredero"<sup>555</sup> y de esta manera se establece una conexión entre las sustituciones y los fideicomisos. La relación ha de establecerse con las sustituciones según Gayo (2,184): *Cuando, en cambio, se ha instituido heredero a un extraño, no podemos nombrarle sustituto de modo que, si llega a ser heredero pero muere dentro de cierto plazo, otro sea heredero por él, sino que únicamente nos está permitido obligarle mediante un fideicomiso para que restituya nuestra herencia en todo o en parte*". Esto es lo que abre la puerta para que se establezca la relación entre el fideicomiso y la sustitución. "Gayo (2,277)<sup>556</sup> nos da la fórmula comúnmente usada para tal fideicomiso (*cum Titius*

---

<sup>554</sup> Gayo 2, 268-283.

<sup>555</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Civitas, 1986 (reimpresión 1991), página 763.

<sup>556</sup> "Igualmente, aunque no podemos nombrar un sustituto al que se hace heredero nuestro para después de la muerte, sí podemos, en cambio, encomendarle que a su muerte restituya a otro toda o parte de la herencia. Y puesto que puede darles un fideicomiso para después de la muerte del heredero, esto podemos hacerlo escribiendo estas palabras: Cuando muera mi heredero Ticio, quiero que mi herencia pertenezca a Publio Mevio. De uno y otro modo, Ticio deja obligado a su heredero a restituir la herencia al fideicomisario". Gayo 2, 277.

*heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad P. Mevium pertinere*). Para llevar a efecto la voluntad del testador, el heredero podía instituir en su testamento heredero al designado, o encargar por fideicomiso al propio heredero que transmitiera la herencia al designado. En cualquier caso, incluso si faltaban estos actos, los herederos del *oneratus* estaban obligados al cumplimiento del fideicomiso. De este modo se hacía que existiera una verdadera y propia sustitución del heredero; en efecto la doctrina designa al instituto con el nombre de *sustitución fideicomisaria*<sup>557</sup>.

De esa misma forma se expresa Jörg-Kunkel cuando afirma que "(f)ideicomisariamente no sólo podía ordenarse la sustitución vulgar, usual entre herederos y legatarios, mediante el nombramiento de un sustituto, en quien recaía el fideicomiso si el primer fideicomisario no llegaba a adquirir, sino también mediante nombramiento de fideicomisario posterior, de forma que el fideicomiso primeramente favoreciera al primer fideicomisario, y después, transcurrido cierto plazo o realizado cualquier hecho (especialmente la muerte de éste), el objeto en que consistiera

---

<sup>557</sup> VOLTERRA, E., op. cit., página 763.

pasara al segundo (\**substitutio fideicommissaria*) (Gayo, 2,277)"<sup>558</sup>.

Entonces se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria en el derecho romano consistía según la doctrina como "el otorgamiento de un legado o de un fideicomiso a favor de una persona, ordenándole que, tras su adquisición por ésta, pase a otra luego de transcurrir cierto tiempo o de cumplirse determinada condición"<sup>559</sup>.

"Hay herencia sucesiva, bajo un sello de singular característica, en la sustitución fideicomisaria, para la cual los romanos no emplean *substituere* o *substitutio*. En la sustitución fideicomisaria el heredero entra en la

---

<sup>558</sup> JÖRG, P. y KUNKEL, W., Derecho Privado Romano. (Traducción de L. Pietro Castro) Barcelona: Editorial Labor, 1965, página 503.

<sup>559</sup> IGLESIAS, J., Derecho Romano. 12va Edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias Redondo. Barcelona: Editorial Ariel 1999, páginas 443-444; "El testador puede gravar al mismo fideicomisario con la obligación de restituir la herencia a su muerte o después de un tiempo determinado íntegra o parcialmente. Esta es la llamada *sustitución fideicomisaria*". BONFANTE, P., Instituciones de Derecho Romano. Tercera edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965, página 677; "El testador puede ordenar un fideicomiso encargando al fiduciario, no que restituya inmediatamente la herencia -o parte de ella- al fideicomisario, sino que disfrute y conserve dicha herencia y sólo a su fallecimiento pase ésta al fideicomisario". ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., op. cit., página 867.



herencia, de un modo efectivo y verdadero, permaneciendo en el goce de ella durante cierto tiempo o hasta que se cumpla una determinada condición, debiendo después restituirla al sustituto. Hay, por tanto, un *ordo successivus*, que califica característicamente a la herencia fideicomisaria, al *fideicommissum hereditatis*. (...) De todas maneras, *restitutio* se configura en términos de atribuir al fideicomisario la condición de *heres*. El fideicomisario sucede, no en lugar del heredero, sino después del heredero, ocupando su misma posición jurídica respecto de la herencia toda"<sup>560</sup>.

Hablando sobre la sustitución fideicomisaria en el Derecho Romano Cámara Lapuente expresa que "(s)e trata de un fideicomiso hecho en provecho de varias personas *sucesivamente*. Esta es su principal diferencia con el fideicomiso, en el cual el encargo beneficia a una o varias personas, pero *simultáneamente* y la restitución por el fiduciario debe ser inmediata, (nota 202: Escevola D.32.41.14) justo después de haber aceptado la herencia, a no ser que hubiera un término fijado expresa o implícitamente -que no puede ser la muerte del fiduciario-. En cambio, en la sustitución fideicomisaria existe una múltiple

---

<sup>560</sup> Ibidem, páginas 443-444.

delación sucesiva, por la que el testador dispone los bienes a favor de una persona (fiduciario) con obligación de conservar y transmitir a su muerte o llegado el término a otra persona (fideicomisario) a favor de la cual también dispone el testador esos mismos bienes una vez tener el encargo fideicomisario de transmitir los bienes a su muerte a otra persona, y así sucesivamente, con lo que el testador fija un *ordo successivus* que deroga el orden general sucesorio. Esos llamamientos sucesivos están suspendidos por una condición o término, que generalmente es el *dies* de la muerte del adquirente anterior"<sup>561</sup>.

Cámara Lapuente expresa que "(l)a así llamada sustitución fideicomisaria podía referirse tanto a legados como a fideicomisos. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo I produjo efectos propios de herencia y no de legado, a pesar de seguir regulada en parte por el régimen de éstos. El término 'sustitución fideicomisaria', como recalca Iglesias, no fue empleado por los romanos. La '*substitutio*' en Roma sigue diciendo, supone la entrada de un heredero (en el caso del fideicomiso de herencia) en el lugar que no llegó a ocupar por distintas razones el instituido. Por

---

<sup>561</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta, páginas 98-99; citando a D'Ors Pérez Peix, A., Derecho privado romano. 8ª, ed. Revisada, E.U.N.S.A., Pamplona 1991, páginas 380-381.

ello, en la sustitución vulgar se sucede 'en lugar de' y no 'después de'. 'En cambio, hay herencia sucesiva, bajo un sello de singular característica, en la sustitución fideicomisaria, para lo cual los romanos no emplean *substituere* o *substitutio*'"<sup>562</sup>.

Haciendo una relación al tema de los legados Biondi opina que "(t)anto respecto de la herencia como del legado suele hablarse tradicionalmente de sustitución fideicomisaria. La terminología no tiene fundamento en las fuentes que nunca hablan de *substitutio* o *substituere* en nuestra materia. El instituto tiene estructura distinta de la sustitución vulgar, ya que el fideicomisario no sucede, como en ésta, a falta de heredero, sino después de él"<sup>563</sup>.

Puig Brutau en una explicación histórica de la sustitución fideicomisaria aclara que ha de diferenciarse entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de puro como fenómenos históricos

---

<sup>562</sup> Ibidem, página 99.

<sup>563</sup> BIONDI, B., Sucesión Testamentaria y Donación. Segunda edición revisada. (Traducida del italiano por Manuel Fiaren: Successione testamentaria e donazioni). Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960, página 490.

y como conceptos de Derecho vigente<sup>564</sup>. Este haciendo referencia a Rocas Sastre es de la opinión "que en el fideicomiso puro 'el primer llamado ha de hacer entrega o restitución de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata, o sea desde luego; en la sustitución fideicomisaria, la restitución se opera después de algún tiempo (transcurrido determinado plazo o cumplida una condición resolutoria), de modo que entonces el fiduciario conserva los bienes durante un tiempo, es decir hay tracto o espacio de tiempo durante el cual el fiduciario conserva y tiene en su dominio y poder los bienes fideicomitidos'"<sup>565</sup>.

El anterior autor citando a Hans Kreller expone que "(e)l fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de

---

<sup>564</sup> Cf. PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil. 2da edición ampliada y puesta al día. Tomo V. Vol.II. (en adelante: Fundamentos V) Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1977, página 524.

<sup>565</sup> Ibidem, página 524; Citando a Roca Sastre, Estudios de Derecho Privado, Madrid, 1948, tomo II, p. 30.

sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que éste favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó *substitutio fideicommissaria*, origen del *fideicommissum familiae relictum*, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria”<sup>566</sup>.

#### **4.1.7.4 Fideicomiso de familia**

Del fideicomiso llamado sustitución fideicomisaria, “que debía ya ser usado en Roma mucho antes del siglo II p.C., se desarrolló más tarde el llamado *fideicomiso de familia*, regulado por Justiniano en la Novela 159”<sup>567</sup>.

Esta modalidad de la sustitución fideicomisaria se puede definir con las palabras de Aznar: “El *fideicommissum familiae relictum* es el encargo o disposición por el que el testador pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a

---

<sup>566</sup> Ibidem, página 525; citando a Hans Kreller, *Römisches Recht*, Viena, 1950, páginas 262-265.

<sup>567</sup> VOLTERRA, E., op. cit., páginas 763-764.

personas pertenecientes a su familia, o que tuviesen determinado grado de parentela, como el hijo primogénito. El patrimonio podía vincularse en sucesivas generaciones. Parecía existir un límite en el sentido de que podía llamarse sucesivamente al primer grado, es decir, a la primera generación de los que no habían nacido a la muerte del fideicomitente"<sup>568</sup>.

Esta misma idea es seguida por Albácar López y De Castro García: "Se cita como antecedente histórico de la sustitución fideicomisaria una modalidad del fideicomiso romano, el *fideicommissum familiae relictum*, por virtud del cual se vinculaba un patrimonio a personas de la misma familia en sucesivas generaciones. Si desobedeciendo lo mandado por el testador el fiduciario enajenaba los bienes a restituir, 'o hubiere fallecido instituyendo por heredero a un extraño' (*vel extero herede instituto decesserit*), 'pedirán el fideicomiso todos los que hubiere en la familia' (*omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt*: D. 31, tít. único, 69, parr.3). La limitación a esa posibilidad de vincular un patrimonio a la misma familia aparece en el Derecho justiniano, al disponer que los bienes quedarían libres después de la cuarta generación

---

<sup>568</sup> AZNAR, A. D., op. cit., páginas 42-43; citando a Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975.

(novela 159, cap. 2: *de restitutione fideicommissi... quod noque ad quartum gradum locum habet*)”<sup>569</sup>.

Iglesias explica la relación entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de herencia romano: “Una figura especial de sustitución fideicomisaria, y la más importante, sin duda, es el fideicomiso de familia - *fideicommissum familiae relictum*. El *fideicommissum familiae relictum* se caracteriza porque el testador vincula la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones. La obligación cifrada en la *restitutio* determina que el beneficiario no tenga facultad para enajenar los bienes recibidos, siendo improcedente, en tal caso, la deducción de la *quarta Falcidia*. Los bienes fideicomisarios son restituidos a las personas indicadas por el testador, o bien, faltando éstas, a quienes lleven el nombre del disponente a la hora del fallecimiento, o a sus hijos inmediatos, si no hay disposición que lo prohíba. Tanto cabe que el testador ordene la restitución a favor de un individuo concreto, como que la establezca en

---

<sup>569</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y DE CASTRO GARCÍA, J., Art. 781, páginas 702-735. Código Civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III. 4ta. Edición. Madrid: Editorial Trivium, 1995, página 702.

beneficio de aquel a quien elija el heredero, o también en provecho de todos los miembros familiares. Si el fiduciario a quien se facultó para elegir no eligiese, entra en juego el orden sucesorio *ab intestato*. Si la restitución se ordenó *in genere*, esto es, a favor de la *familia*, precisase saber quiénes se entienden incluidos en la misma. En la legislación justiniana, (nota 141: C.6,38.5) *familia* es término comprensivo, no sólo de los ascendientes, los descendientes y todos los parientes, sino también, a falta de éstos, del yerno y la nuera, y, últimamente, de los libertos. Justiniano extiende el fideicomiso de familia más allá del primer grado. (nota 142: D. 31, 32, 6, interpol., nisi specialiter, etc.) Pero la Novela 159 sanciona la libertad de los bienes fideicomitidos después de la cuarta generación. Es el primer paso de una tendencia encaminada a la abolición del fideicomiso familiar. Tal tendencia se manifiesta máximamente en las legislaciones modernas"<sup>570</sup>.

En torno a la figura del fideicomiso de familia en el derecho romano señala Cámara Lapuente que es una figura que se desarrolla directamente de la sustitución fideicomisaria y por ende, se desarrolló durante los siglos II y III d.C. en ella se predestinaba, vinculaba un

---

<sup>570</sup> IGLESIAS, J., op. cit., páginas 444-445.



patrimonio o bien, generalmente inmueble, a una misma familia para que generaciones sucesivas la heredaran. La esencia de este fideicomiso era que se prohibía la enajenación de ciertos bienes, especialmente los inmuebles.<sup>571</sup> "Existía un límite a ello: podía llamarse sólo a la primera generación de los que aún no hubieran nacido al morir el fideicomitente. Justiniano primero suprimió esa traba pero finalmente se vio precisado a limitar los abusos de las prohibiciones perpetuas, restringiendo el máximo de la conservación de esos bienes a la cuarta generación (Nov. 159, cap. 2).

Esta institución se propagó con facilidad durante la Edad Media y la Moderna, debido al ambiente favorable del mundo germano y su concepción familiar. Sin embargo, su gigantomaquia en las instituciones de los mayorazgos y las vinculaciones perpetuas, generadoras de 'manos muertas' produjo una reacción legislativa radical que perdura hasta hoy"<sup>572</sup>.

Aznar explica que "Justiniano, que parece superar este límite, lo limita después a la cuarta generación; también este emperador decide que en

---

<sup>571</sup> Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 100.

<sup>572</sup> Ibidem, página 100.

la familia se incluyan patronos, libertos y esclavos. Esta institución tiene una gran aplicación en el Derecho medieval y feudal y en la Edad Moderna, en que se vincula un patrimonio a la misma familia y del que derivan instituciones como el mayorazgo"<sup>573</sup>.

Como se puede apreciar en los autores antes citados, la idea de que el fideicomiso de familia es una modalidad de la sustitución fideicomisaria es de opinión generalizada y que éste es el que conlleva al desarrollo posterior de las vinculaciones perpetuas como lo fueron los mayorazgos.

#### **4.1.8 Fusión de legados y fideicomisos en el Derecho Post-clásico**

Ha de exponerse el desarrollo que tuvieron los fideicomisos en el derecho romano post-clásico en relación con los legados. Jörg-Kunkel expresan que la dirección fue hacia la fusión de éstas dos instituciones. "Desde la época clásica se tendió a trasladar al derecho de fideicomisos las normas privativas de los legados; pero la equiparación se redujo a puntos concretos (cfs. Riccobono, *Mélanges Cornil*, II, 348 ss., en particular 363

---

<sup>573</sup> AZNAR, A. D., op. cit., páginas 42-43; citando a Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975.

ss.) y todavía a fines de la época predominan las diferencias entre una y otra institución; diferencias que, por lo demás, no eran puramente accidentales, sino que respondían a principios de profunda oposición: El legado se hallaba ligado a ciertas solemnidades, y el fideicomiso se distinguía por la libertad que precedía su ordenación; para la efectividad del primero era preciso proceder por la vía procesal ordinaria; el fideicomiso se hacía valer por el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*"<sup>574</sup>.

"Es en el derecho clásico, en el que desaparecen estas diferencias de principio, donde el camino se halló preparado para la fusión total. La vía procesal ordinaria cayó en desuso; la efectividad, tanto de los legados como de los fideicomisos, era perseguible en un mismo procedimiento, ante un juez funcionario. Por su parte, Constantino el Grande o uno de sus hijos abolió el formalismo en el derecho de los legados (C. 6, 37, 21; cfs. Supra, §221, 5; §204, 2), de manera que toda disposición singular de última

---

<sup>574</sup> JÖRG, P. y KUNKEL, W., op. cit., páginas 507-508; También seguido por CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta, páginas 101-102; "El intercambio entre ambos regímenes de uno y otro es por el contrario continuo e incesante. Este proceso de asimilación progresiva puede estar en duda respecto a los detalles, pero es seguro en sus líneas generales. Gayo afirma que *aliae* diferencias entre los dos institutos ya no subsisten en su tiempo (2, 284)". BIONDI, B., op. cit., página 308.

voluntad expresada en testamento o en codicilio confirmado testamentariamente podía ser considerada como legado o como fideicomiso. A base de esto, Justiniano pudo realizar la fusión de un modo definitivo.

Para llevarla a cabo dictó dos leyes, en las que al mismo tiempo suprimió todas las diferencias entre las diversas clases de legados. A) La primera ley (C. 6,43, 1; del año 529) dispuso que de todo legado o fideicomiso naciera una acción personal y otra real, y que la primera fuera garantizada por una hipoteca legal sobre la herencia del fiduciario. Con este precepto, todas las formas de legados quedaron unificadas en un solo tipo, con los efectos del vindicatorio y del damnatorio. En cuanto al fideicomiso, quedó equiparado al legado en sus efectos con respecto a tercero. B) La segunda ley, del año 531 (C. 6, 43, 2) suprimió definitivamente todas las diferencias entre los legados y los fideicomisos, disponiendo que todas las disposiciones contenidas en los textos justinianos sobre los legados fueran aplicables a los fideicomisos, y a la inversa, y cuando los preceptos respectivos fueran contradictorios, se estuviera a lo establecido para los últimos, como derecho más riguroso. A partir de esta ley, pues, sólo queda una forma única de disposición singular mortis causa, en la

que predominan los rasgos del fideicomiso clásico (citando a Riccobono, *Mélanges Cornil*, II, 349). Las fuentes clásicas sobre la materia fueron modificadas en el Digesto, aunque no se consiguió otra cosa -como en otros puntos que un desfiguramiento superficial y una confusión de los problemas y resoluciones clásicos"<sup>575</sup>.

"D'Ors extrae las consecuencias de esta labor de Justiniano de cara a nuestros días señalando que 'a esta equiparación se debe que el término 'fideicomiso' se haya perdido en el sentido de liberalidad particular similar a la del legado y se conserve tan sólo para designar la substitución fideicomisaria'"<sup>576</sup>.

## **4.2 Evolución del fideicomiso romano hacia la substitución fideicomisaria**

### **4.2.1 El fideicomiso en las Siete Partidas y en la Novísima Recopilación**

La institución de los fideicomisos en su modalidad de la substitución fideicomisaria pasó en el derecho post-romano en España al Código de las

---

<sup>575</sup> Ibidem, páginas 507-508.

<sup>576</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, página 102; citando a D'Ors, *Derecho privado romano*, 8ª ed. revisada, E.U.N.S.A., Pamplona 1991, página 379.

Partidas<sup>577</sup>. En las Partidas se encuentra esta institución con dicho nombre como se evidencia en la Ley 14 de Sexta Partida:

Sesta Partida, Título V, Ley 14: "De la sustitución que es llamada en latin *Fideicommissaria*. *Fideicommissaria substitutio* en latin, tanto quiere decir en romance, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro; así como si dixesse el fazedor del testamento: *Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo la dexo, que la tenga tanto tiempo, e que después que la de, e entregue a fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo ome a cada uno del Pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes de este nuestro libro. Pero dezimos que este que es rogado, e establecido en esta manera, que deve dar, e entregar la herencia al otro, así como el testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin, Trebellianica. E si este que así fuesse establecido por heredero, non quisiesse recibir la heredad, o después que la ouiere recibido, non la quisiere entregar al otro, puédele apremiar el Judgador del logar, que lo faga*"<sup>578</sup>.

La figura de la sustitución fideicomisaria sirvió como vehículo para surgieran las

---

<sup>577</sup> Cf. AZNAR, A. D., op. cit., página 49.

<sup>578</sup> LAS SIETE PARTIDAS. En Salamanca por Andrea De Portonariis 1555. Boletín Oficial del Estado. Madrid. Reimpresión 26 de diciembre de 1985, páginas 34-35; Cf. Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso El IX. Tomo III. Barcelona 1843, páginas 503-507.

vinculaciones perpetuas mediante mayorazgos<sup>579</sup>, feudos y patronatos, los cuales se regularon en las leyes de Toro (40-46)<sup>580</sup>. Estas figuras

---

<sup>579</sup> "Desde la Segunda parte de la edad media se desarrollan en España los mayorazgos, vinculaciones familiares de bienes mediante las cuales hay una serie de herederos sucesivos, todos los cuales son favorecidos con las (sic) herencia, pero limitándose a disfrutar los bienes de ella y conservando el capital para las generaciones futuras, que a su vez lo conservarán indefinidamente. Heredará, por ejemplo, el hijo mayor de cada titular del mayorazgo, y a falta de progenie, el hermano mayor o sus descendientes, etc. Cada sucesor es titular de los bienes mientras vive, pero no puede enajenarlos". LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones. Quinta edición. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993, página 294.

<sup>580</sup> En la Novísima Recopilación se regulan los Mayorazgos en el Título XVII, Leyes I y siguientes. Las Leyes 40-46 de Toro están en ellas contenidas. Novísima Recopilación: "Ley I. Ley 41 de Toro. *Modos de probar que los bienes son de mayorazgo.* Mandamos, que el mayorazgo se puede probar por la escritura de la institución de él, con la escritura de la licencia del Rey que la dio, seyendo tales las dichas escrituras que fagan fe, ó por testigos que depongan, en la forma que el Derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras, y asimismo por costumbre inmemorial, probada con las calidades que concluyan los pasados haber tenido y poseído aquellos bienes por mayorazgo; es á saber, que los fijos mayores legítimos y sus descendientes sucedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor dél dexase otro fijo ó fijos legítimos, sin darles los que sucedian en el dicho mayorazgo alguna cosa ó equivalencia por suceder en él; y que los testigos sean de buena fama, y digan, que así lo vieron ellos pasar por tiempo de quarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, que ellos siempre así lo vieran y oyeran, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y comun opinión entre los vecinos y moradores de la tierra. (L.I tit. 7. lib.5 R.) (...) Ley V. Ley 40 de Toro. *Modo de suceder en los mayorazgos los ascendientes, ó transversales del poseedor.* En la sucesión del mayorazgo, aunque el fijo mayor muera en vida del tenedor del

determinaron "un gran estancamiento económico y más tarde impidieron el desarrollo industrial, a tal situación se intentó poner remedio mediante la legislación desvinculadora en la primera mitad del siglo XIX"<sup>581</sup>.

Lo establecido en las Partidas sobre la regulación de la sustitución fideicomisaria permaneció sin cambio hasta la Novísima Recopilación. En la "ley 1.<sup>a</sup> del Título XVIII del Libro X, se dispuso que en caso de no querer aceptar la herencia el primeramente instituido pudieran verificarlo directamente el heredero o herederos fideicomisarios, no procediendo ya el apremio judicial al fiduciario que se negaba a aceptarla, con lo cual surgió la duda de si podía considerarse o no subsistente la cuarta

---

mayorazgo, ó de aquel á quien pertenece, si el tal fijo mayor dexare fijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del fijo mayor por su orden prefieran al fijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenescia; lo qual no solamente mandamos, que se guarde y platique en la sucesión del mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la sucesión de los mayorazgos á los transversales, de manera que siempre el fijo y sus descendientes legítimos por su orden representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos mayorazgos; salvo si otra estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyó. (ley 5. tit. 7. lib. 5. R.). NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Tomo V Libros X, XI, XIII. Año MDCCCV, 110-111.

<sup>581</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., art. 781, op. cit., página 702.



Trebelánica, ya que habían desaparecido las razones que en Roma originaron su introducción, opinando los autores en sentido opuesto, según el criterio que les informaba”<sup>582</sup>.

“Posteriormente, por medio del art. 1 y del art. 14 de la Ley Desvinculadora, de 11 de octubre de 1820, restablecida por Decreto de 30 de agosto de 1836 y confirmada definitivamente por la Ley de 16 de agosto de 1841 (siguiendo todas ellas el impulso dado en la Real Cédula de 14 de mayo de 1789), los fideicomisos perpetuos fueron suprimidos por su carácter vincular, mas no los temporales, los cuales quedaron subsistentes, como lo indica la Ley de 23 de mayo de 1845, que los menciona como vigentes; la Ley Hipotecaria anterior y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sienta en términos concretos y precisos la doctrina de que la Ley de 11 de octubre de 1820, al suprimir los mayorazgos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones, no comprendió los fideicomisos temporales y enajenables, sino sólo los perpetuos y vinculantes”<sup>583</sup>.

---

<sup>582</sup> AZNAR, A. D., op. cit., página 51.

<sup>583</sup> Ibidem, página 51.

#### **4.2.2 El fideicomiso en el Proyecto de 1851 de García Goyena**

El Proyecto de 1851 suprimió las sustituciones fideicomisarias de la misma manera que lo había hecho el Código de Napoleón. El fundamento de García Goyena para dicha eliminación, incluso de los fideicomisos limitados 'a un solo grado o generación', se debía a que "podrían por un medio indirecto hacerse perpetuos con sólo renovarlos el último llamado'. Por ello, el Proyecto no admitió más sustitución que la vulgar, si bien el artículo 638 autorizó la disposición de la propiedad a favor de uno y el usufructo a otro u otros, así como la sustitución del heredero impúbero para el caso en que muera antes de llegar a la pubertad en los bienes de libre disposición, y la restitución de la parte libre a favor de los nietos del causante"<sup>584</sup>.

Esta prohibición del Proyecto de 1851 se puede apreciar en el artículo 635:

---

<sup>584</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., art. 781, op. cit., página 702; Ver también: "En el derecho post-romano, los fideicomisos sobre cosas singulares se confundieron como legados, en tanto los fideicomisos universales sirvieron para vincular bienes, a una serie sucesiva de personas, por lo que fueron mal vistos por la (sic) modernas legislaciones liberales, contrarias a la vinculación de bienes como rémora para el libre comercio. Todo esto explica la pérdida de la institución del fideicomiso". D'ORS, op. cit., páginas 90-91.

*"Toda sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula; sea cualquiera la forma con que se la revista".*

Para que dicha prohibición no fuera a ser burlada se especificó lo contenido en el Artículo 636:

*"Quedan comprendidas en la prohibición del artículo anterior: 1.º La disposición por la que se declare inalienable toda ó parte de la herencia. 2.º Aquella por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero. 3.º La que, bajo cualquier nombre ó forma, tenga por objeto dejar á uno el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según las instrucciones que le hubiese comunicado el testador. Si los hubiere dejado simple y generalmente para distribuirlos en iglesias, conventos, fundación de capellanías ú otra semejante, se entenderá comprendida la disposición en el artículo 611, salvo que para la calificación y distribución se asociará a la persona nombrada por el testador á las designadas en el artículo 610"<sup>585</sup>.*

#### **4.2.3 En la Codificación**

La Comisión codificadora se persuadió "de que eran infundadas las prevenciones contra las sustituciones fideicomisarias temporales y de que no había razón para 'que autorice una limitación

---

<sup>585</sup> GARCÍA GOYENA, F., Concordancias, motivos, y comentarios del Código Civil Español. Madrid 1852. Barcelona: Reimpresión de Editorial Base, 1973, página 83.

tan exorbitante a la libertad del propietario'”<sup>586</sup>. En el Proyecto de 1882 se admitía la sustitución fideicomisaria en su artículo 782<sup>587</sup>. Posteriormente en la base 16 de la Ley de 11 de mayo de 1888 también dio paso a las sustituciones fideicomisarias, disponiendo “que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan a favor de personas que todas vivan al tiempo de fallecimiento del testador”<sup>588</sup>. En esos términos es que se encuentra regulada la sustitución fideicomisaria en el actual artículo 781 del Código Civil, el cual finalmente aprobado el 24 de julio de 1889<sup>589</sup>.

Aunque las corrientes contrarias a las vinculaciones del siglo XIX atacaban también la conservación de la sustitución fideicomisaria el Código Civil la conservó. “Aunque sólo dedica nueve artículos (781-789) a su regulación. Dice Roca Sastre que ‘España dio una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador de los fideicomisos que desencadenó la revolución francesa’. Nuestra legislación no adoptó la

---

<sup>586</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., art. 781, op. cit., páginas 702-703.

<sup>587</sup> Cf. AZNAR, A. D., op. cit., página 51.

<sup>588</sup> El Código Civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888-1889. Revista de los Tribunales. Madrid 1889, página 11.

<sup>589</sup> Cf. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., art. 781, op. cit., páginas 702-703.

solución simplista de prohibir radicalmente las sustituciones. El mismo autor añade que 'el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los de tipo mayorazgo o vinculación perpetua"<sup>590</sup>.

Luego del proceso antes descrito expresa Aznar que la figura del fideicomiso puro pareciera haberse borrado del derecho civil español contemporáneo. Esto vale también para el caso del derecho civil francés<sup>591</sup>. Aznar explique que en el derecho sucesorio la doctrina utiliza los dos términos, fideicomiso y sustitución fideicomisaria, como sinónimos. Esto se debe a su origen en el derecho romano, el cual designó como fideicomisos a la figura de derecho sucesoral que actualmente se le da el nombre de sustitución fideicomisaria<sup>592</sup>. El mismo autor señala que "ninguna de las notas que caracterizan a la sustitución fideicomisaria se dan en el fideicomiso"<sup>593</sup>. Por un lado, no existe la doble liberalidad en el fideicomiso, lo que caracteriza a la sustitución fideicomisaria. Por otro lado,

---

<sup>590</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil. Vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones. (en adelante Compendio IV) Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1991, página 450.

<sup>591</sup> Cf. AZNAR, A. D., op. cit., página 67.

<sup>592</sup> Ibidem, página 68.

<sup>593</sup> Ibidem, página 68.

en el fideicomiso el fiduciario no supone una bifurcación en la línea sucesoral, sino que es el puente de conexión entre el fideicomitente y el fideicomisario. Por ello Aznar entiende que la figura del fideicomiso corresponde en mayor o menor grado a la figura actual del ejecutor testamentario o albacea en el derecho civil de sucesiones. Esto se puede constatar en la línea jurisprudencial que califica de ejecutor testamentario al fiduciario de fideicomiso<sup>594</sup>.

Por otra parte, Vallet de Goytisolo entiende que aunque el código civil ha establece diferenciación alguna entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, sí el Tribunal Supremo lo hace luego en la Sentencia del 30 de octubre de 1944, cuando habla de las modalidades especiales de los fideicomisos: el fideicomiso sucesivo, perpetuo o temporal (del cual son derivaciones el fideicomiso familiar romano y la moderna sustitución fideicomisaria de llamamientos limitados)<sup>595</sup>.

---

<sup>594</sup> Ibidem, página 68.

<sup>595</sup> Cf. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Panorama del Derecho de Sucesiones. Vol. I Fundamentos. Madrid: Editorial Civitas, 1982, página 259.

#### **4.2.4 Desarrollo hacia la sustitución testamentaria**

##### **4.2.4.1 El concepto**

Puig Brutau define las sustituciones como "disposiciones de última voluntad por las que dos o más personas son llamadas a la herencia o al legado, pero no para que sean herederos o legatarios conjuntamente, sino para que unos lo sean y otros suplan si llegan a faltar, o para que en primer lugar lo sean unos y otros lo sean después. Por tanto, puede decirse que sustitución es la disposición de última voluntad por la que alguien es llamado a heredar en defecto de una primera persona llamada o después de ella"<sup>596</sup>.

##### **4.2.4.2 Clasificación**

La doctrina científica diferencia dos tipos principales de sustituciones, la vulgar y la fideicomisaria.

---

<sup>596</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, página 445.

#### **4.2.4.2.1 Sustitución vulgar o simple**

La sustitución vulgar tiene carácter subsidiario o supletorio, como expresa Puig Brutau, ya que se establece para la eventualidad de un supuesto de no poder suceder el instituido. "El causante quiere que sólo tenga eficacia uno de los nombramientos y para ello, además de la persona llamada con carácter preferente, hace uno o varios llamamientos eventuales o supletorios"<sup>597</sup>.

La sustitución vulgar está contenida en los artículos 774, 778, 779 y 780. El artículo 774 expresa que "puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a manos que el testador haya dispuesto lo contrario". En el artículo 778 se expresa el carácter múltiple que puede tener: "Pueden ser sustituidos dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos".

El artículo 779 expresa el carácter recíproco de la sustitución simple: "Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren

---

<sup>597</sup> Ibidem, página 445.



sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador". Esta regla ha sido criticada como lo expresa Puig Brutau: "Sin duda la redacción de este precepto es defectuosa. Seguramente ha de estimarse que si hay dos herederos instituidos en partes desiguales y con cláusula de sustitución recíproca, al sustituido le corresponderá la parte íntegra del sustituido; y en el caso de ser tres o más, la parte vacante se distribuirá en partes proporcionales a las que corresponden a los sustitutos en la institución"<sup>598</sup>. Este artículo contiene en sí una particularidad en relación a la aceptación de la herencia. El llamamiento del sustituido es uno diferente del llamamiento al heredero directo del testador. Por ello, por ser un llamamiento a título de sustituto, requiere la correspondiente aceptación, diferente de la original<sup>599</sup>. Precisamente aquí está la diferencia con el derecho de acrecer. En éste no se requiere la aceptación, ya que opera automáticamente<sup>600</sup>. "Por otra parte, del mismo modo que se ha dicho, respecto del heredero sustituido, que su fallecimiento una vez abierta la sucesión, sin haber aceptado ni repudiado, hace pasar el

---

<sup>598</sup> Ibidem, página 448.

<sup>599</sup> Cf. ibidem, páginas 448-449.

<sup>600</sup> Cf. ibidem, página 449.

llamamiento a sus causahabientes no al sustituto, en virtud del derecho de transmisión (art. 1.006 C.c.), de igual forma procede afirmar que el llamamiento del sustituto vulgar, al abrirse la sucesión, también produce la transmisión del derecho de aceptar a sus causahabientes, si el fallecimiento del sustituto, sin haber aceptado o repudiado, es posterior al del testador. La efectividad del derecho del sustituto puede estar pendiente de que el primer llamado repudie la herencia. Por ello estará justificado que pueda aquél hacer uso del derecho que regula el art. 1.005 C.c.”<sup>601</sup>.

El artículo 780 expresa que “(e)l sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido”. En este artículo utiliza el término cargas y gravámenes como sinónimos. Han de entenderse como “meramente personales del instituido”, refiriéndose a “las que conciernen a la persona del instituido, las cuales no se presumen repetidas para el instituido; en cambio si han sido impuestas sin tener en cuenta las circunstancias personales del heredero o legatario, se presume que también han

---

<sup>601</sup> Ibidem, página 449.

de afectar al sustituido, sin perjuicio de poder hacer prueba para desvirtuar esta presunción”<sup>602</sup>.

#### **4.2.4.2.2 Sustitución fideicomisaria**

La sustitución fideicomisaria se puede definir conforme a “nombramientos sucesivos, de manera que la pluralidad de llamamientos corresponde a una pluralidad de favorecidos, que tendrán el patrimonio hereditario uno después del otro”<sup>603</sup>. La diferencia fundamental entre la sustitución simple y fideicomisaria se encuentra en que en la sustitución fideicomisaria habrá una transmisión del patrimonio por parte del primer llamado posteriormente<sup>604</sup>. La sustitución fideicomisaria a su vez se puede clasificar en diferentes categorías: universales o de herencia y singulares o de legado; a término (*sub certo die*) y condicionales (*sub conditione*); expresas y tácitas; perpetuas y temporales; de un solo grado y de varios grados; con llamamientos determinados o indeterminados; simples y recíprocas; ordinarias y de residuo<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> Ibidem, página 449.

<sup>603</sup> Ibidem, página 445.

<sup>604</sup> Cf. ibidem, página 446.

<sup>605</sup> Cf. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho de Sucesiones. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1989, páginas 417-423.

#### **4.2.4.2.3 Sustitución pupilar y ejemplar**

Existen otras clases de sustituciones como lo son la sustitución pupilar y la casi pupilar o también conocida como sustitución ejemplar. La razón de ser de dichas sustituciones se encuentra en la necesidad de evitar una sucesión intestada<sup>606</sup>. Por un lado, la sustitución pupilar se define en el artículo 775: "Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad". Por otro lado, la sustitución ejemplar se define en el primer párrafo del artículo 776: "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental". Dichas sustituciones no guardan relación alguna con la sustitución fideicomisaria.

#### **4.2.4.2.4 Relación entre la sustitución simple y la sustitución fideicomisaria**

La sustitución vulgar por ser la más general se entiende que está contenida en el concepto de sustitución fideicomisaria. "Que la sustitución

---

<sup>606</sup> Cf. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. 7ma edición revisada y puesta al día. Madrid: Técnos, 1997, página 417.

fideicomisaria normal *encierra* o *engloba* o *comprende* la vulgar es opinión, no ya absolutamente razonable y segura, sino adoptada por todos los Derechos españoles, por los extranjeros que puedan importarnos, por nuestra doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo"<sup>607</sup>. "(L)o que verdaderamente hay (...) es que de por sí la sustitución fideicomisaria no es querer un heredero para después de otro, sino un heredero, el fideicomisario, *subordinado* a otro, el fiduciario, de modo que si éste sucede, *después de él* se quiere al otro, pero que si no sucede, se quiere al otro *en vez de él*. La preferencia a favor del primero lleva a llamarle antes que al segundo, pero como si el preferido falla, se quiere, antes que a cualquier otra persona, al subordinado, la lógica pide que se dé la herencia a éste cuando el preferido no la toma, o si la toma, después de él. En conclusión, no es que la sustitución fideicomisaria englobe o encierre o implique la vulgar, sino que es algo que por su propia naturaleza, que es más amplia que la sola sustitución vulgar aislada, comprende el caso (el solo caso que la vulgar encierra, un heredero si no hereda otro), y, además, el otro caso (a que no alcanza la vulgar), el de que el

---

<sup>607</sup> DÍAZ ALABART, S., El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites. Barcelona: Librería Bosch, 1981, página 245.

sustituto herede también después de quien haya sido heredero el instituido”<sup>608</sup>.

Según Pérez de Castro tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la interpretación de que la sustitución vulgar se encuentra implícita en la sustitución fideicomisaria<sup>609</sup>.

Esta línea de pensamiento jurídico pareciera ser la más dominante según lo expone Albácar López y De Castro García basándose en argumentos de derecho histórico, doctrina científica, derecho comparado, derecho foral y jurisprudencial. Este último más firme en la Dirección General de los Registros que en el Tribunal Supremo.

Los referidos autores presentan primeramente la Novísima Recopilación, Ley primera, título ocho, libro diez: “Si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o

---

<sup>608</sup> Ibidem, páginas 248-249; De igual opinión ALBALADEJO GARCÍA, M., Art. 781. páginas 1915-1920. En: Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil. (Dirigido por Cándido Paz-Aries Rodríguez et al.). Tomo I. Secretaría General Técnica. Madrid: Centro de Publicaciones, 1991, páginas 1915-1916.

<sup>609</sup> Cf. PÉREZ DE CASTRO, N., Arts. 774-789 (Artículo 781, páginas 929-930) en: Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Comentarios al Código Civil. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, página 930.

mande alguna cosa para que la dé a otro a quien substituye en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renuncia a la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan haber todo". Luego explican que la doctrina admite la implicidad de la sustitución vulgar en la fideicomisaria en los supuestos de premoriencia, indignidad y renuncia, ya que el testador ha preferido al fideicomisario frente a otros. Esto es un argumento de interpretación testamentaria a base de la intención del testador. Además, los autores mencionan el concepto de "conversión del negocio jurídico", "basándose en la voluntad hipotética del causante la institución de fideicomisario se convierte en institución de substituto vulgar"<sup>610</sup>.

Respecto al derecho comparado se cita tanto al Código civil italiano de 1942 en su artículo 696, párrafo 4 ("Si el instituido premuere al testador o es incapaz o indigno o renuncia, la herencia se defiere al substituto con efecto desde el momento de la muerte del testador"), como al Código civil portugués de 1966 en su artículo 2.293, párrafo 3 ("No queriendo, o no pudiendo el fiduciario aceptar la herencia la sustitución, en el silencio del testamento, se convierte de

---

<sup>610</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y DE CASTRO GARCÍA, J., art. 781, op. cit., página 705.

fideicomisaria en directa, dándose el llamamiento a la herencia a favor del fideicomisario, con efecto desde el óbito del testador".) <sup>611</sup>. Lo mismo ocurre con el derecho foral de Cataluña y Baleares. Tanto en el Código de Sucesiones de Cataluña como de Baleares se encuentra la regla que "la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar tácita" (artículo 169, párrafo 2 y artículo 26 correspondientemente) <sup>612</sup>. En la Compilación de Navarra se expresa que "toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes" (ley 226, párrafo 1) <sup>613</sup>.

Según los autores el Tribunal Supremo no muestra una línea clara al respecto. Pero la Sentencia del 13 de noviembre de 1983 destaca las diferencias entre la sustitución fideicomisaria típica y el fideicomiso de residuo. Establece que en la sustitución fideicomisaria "ante el evento de premoriencia del fiduciario puede entenderse que el llamado en segundo lugar adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese momento su derecho hereditario queda perfeccionado cual si hubiera sido llamado por sustitución

---

<sup>611</sup> Ibidem, página 706.

<sup>612</sup> Ibidem, página 706.

<sup>613</sup> Ibidem, página 708.



vulgar”<sup>614</sup>. En cambio la Dirección General de los Registros y del Notariado es más clara y firme su posición como lo demuestra la resolución del 27 de marzo de 1981, en la que fundamenta la inclusividad de la sustitución vulgar en la fideicomisaria a base “de los antecedentes históricos, de la normativa del Código civil, que considera al fideicomisario como segundo heredero designado para después del primero y que adquiere su derecho al morir el testador, por lo que faltando ése corresponde la herencia al nombrado en segundo lugar; de la presumida voluntad del testador, que además puede aparecer manifestada claramente en ese sentido; y de que se trata de la solución acogida por el Derecho comparado y por las legislaciones forales”<sup>615</sup>.

Finalmente es importante establecer en la relación entre la sustitución simple y fideicomisaria que el llamamiento sucesivo tiene que ser expreso como lo establece la regla de los artículos 783<sup>616</sup> y 785<sup>617</sup>, por lo que de surgir la duda la jurisprudencia aplicará la normativa de *in dubium contra fideicomisum* (también: *in dubis semper contra fideicomisum*), por lo que se

---

<sup>614</sup> Ibidem, página 708.

<sup>615</sup> Ibidem, página 708.

<sup>616</sup> “Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos”.

<sup>617</sup> “No surtirán efecto: 1. Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de manera expresa,...”.

excluirán entonces, los llamamientos conjeturales y se entenderá como una sustitución simple<sup>618</sup>.

#### **4.3 La sustitución fideicomisaria según el artículo 781 del Código Civil Español**

##### **4.3.1 Requisitos de validez**

El artículo 781 C.c. es el objeto de este estudio y el que define la sustitución fideicomisaria y establece las normas de su validez y eficacia. Este expresa lo siguiente: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador".

A base de este artículo se puede definir la sustitución fideicomisaria como "la institución o llamamiento de un posterior heredero (fideicomisario) para que entre en la herencia

---

<sup>618</sup> Cf. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. IV., página 406; Cf. ESPÍN CÁNOVAS, D., Manual de derecho civil Español. Quinta edición revisada y ampliada. Vol. V. Sucesiones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, página 335.

después del primero o anterior heredero instituido (fiduciario)”<sup>619</sup>. Partiendo de la definición del art. 781 “cabe afirmar que es la institución de heredero con el encargo de que conserve y transmita todo o parte de la herencia a un segundo o ulterior heredero”<sup>620</sup>. “El precepto, más que dar un concepto de la sustitución fideicomisaria, lo que hace es fijar los límites de su validez. En términos concisos ha sido definida como la institución o llamamiento de un posterior heredero (*fideicomisario*) para que entre en la posesión de la herencia después del primero o anterior instituido (*fiduciario*)”<sup>621</sup>. Según Pérez de Castro la interpretación doctrinal moderna de este artículo sostiene que en él no se define la sustitución fideicomisaria. En general sino que la sustitución fideicomisaria propia<sup>622</sup>. Según Rivas Martínez, afirma que aunque parte de la doctrina entiende que el artículo 781 define la sustitución fideicomisaria otros no como Jerónimo López, a quien cita y explica que el fundamento para su oposición es uno de interpretación gramatical para extraer la intención legislativa<sup>623</sup>.

---

<sup>619</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, página 449.

<sup>620</sup> Ibidem, página 450.

<sup>621</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y de CASTRO GARCÍA, art. 781, op. cit., página 703.

<sup>622</sup> Cf. PÉREZ DE CASTRO, N., op. cit., página 929.

<sup>623</sup> “Si el legislador hubiera querido definir las sustituciones fideicomisarias, se habría expresado de otra

De Cossio expresa que el texto del art. 781 se acerca más a una definición de fideicomiso que de sustitución fideicomisaria, ya que el fideicomiso es una manifestación de la fiducia testamentaria en la que existe un encargo de transmitir "siendo el fiduciario un simple ejecutor de una voluntad ajena, apareciendo como el conducto elegido para hacer llegar determinados bienes o beneficios a un tercero, que es el verdadero heredero o sucesor. (...) en realidad, se involucran aquí dos instituciones diferentes: la sustitución y el fideicomiso, lo que hace que en cierto modo una y otra aparezcan desnaturalizadas"<sup>624</sup>. Vallet de Goytisolo entiende que el artículo 781 define las sustituciones fideicomisaria al requerir que se "encargue al

---

forma: 'Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud...' Ambas versiones difieren en que la Segunda se halla una coma a continuación de la frase 'sustituciones fideicomisarias', lo que importa destacar. (...) según la Gramática, la oración de relativo explicativa va separada del antecedente por una pausa, representada por una coma; la especificativa, no. Si el propósito del legislador hubiera sido definir las sustituciones fideicomisarias tendría que hacerlo mediante una oración de relativo explicativa, y por ello separada de una coma; por el contrario, emplea una oración de relativo especificativa, porque su finalidad es otra: distinguir entre las sustituciones fideicomisarias, las que contienen obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia, de aquellas (las de residuo) que no presentan esta característica". RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Derecho de Sucesiones, Común y Foral. Tomo II. Madrid: Dykinson, 1992, página 38.

<sup>624</sup> DE COSSIO, A., DE COSSIO, M. y LEÓN, J., Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1988, página 555.

heredero que *conserve todo o parte de la herencia*, requisito éste de *conservar* que, si bien también existe en los verdaderos fideicomisos a término cierto, no se da en sentido estricto en los puros”<sup>625</sup>.

Las características de la sustitución fideicomisaria se pueden resumir de la siguiente manera: “1. un llamamiento múltiple; 2. la obligación de conservar y de restituir; 3. el orden sucesivo. Pero,..., la nota característica y típica de la sustitución fideicomisaria es este orden sucesivo impuesto por el testador. La obligación de conservar no es esencial,..., sino una característica natural de esta sustitución, por lo que se ha de dar por supuesta si el fideicomitente no ha dispensado de ella, pero pudiendo hacerlo sin que por ello la sustitución deje de ser fideicomisaria”<sup>626</sup>.

#### **4.3.2 Sujetos de la sustitución fideicomisaria**

Cuando se analiza la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria se pueden diferenciar tres tipos de sujetos en ella: el testador que es el fiduciante ante el heredero fiduciario y fideicomitente ante el sustituto fideicomisario;

---

<sup>625</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., op. cit., página 259.

<sup>626</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, página 450.

el sustituto fideicomisario es quien recibe la herencia en último término y; el fiduciario que es el heredero instituido y recibe directamente la herencia. Ha de exponerse las circunstancias jurídicas que rodean a cada sujeto. Además, Albaladejo opina que tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, ya que el fideicomitente es el causante de ambos. "La herencia no es herencia *del fiduciario*, sino herencia *del fideicomitente* que va al fideicomisario *después* que al fiduciario. La recibe *después*; pero eso es todo. De modo, pues, que la aptitud para suceder la ha de tener el fideicomisario, no respecto al fiduciario, sino al fideicomitente [ver STS, 6ta, 12-XI-59, STS 25-IV-81 y RDGR 19-XII-42 y 27-III-81]"<sup>627</sup>. Según Pérez de Castro tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, conforme a la interpretación de las SSTS 22 de julio de 1994 [R] 1994, 6578, y del 22 de noviembre de 1996 [R] 1996, 8285. Por ende ambos deben sobrevivir al causante<sup>628</sup>.

Expresa Fernández Urzaingui que a base de la característica esencial de la sustitución fideicomisaria de la institución de orden sucesivo

---

<sup>627</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., Art. 781., op. cit., páginas 1918-1919.

<sup>628</sup> Cf. PÉREZ DE CASTRO, N., op. cit., página 930.

todos los llamados son herederos sucesivos del fideicomitente o testador y no del fiduciario<sup>629</sup>.

#### **4.3.2.1 El heredero fiduciario**

El heredero es quien recibe la herencia y por lo tanto es el heredero sucesor a título universal. En el heredero se opera "el fenómeno sucesorio de subrogarse en los derechos y obligaciones del causante y liquidar el pasivo hereditario"<sup>630</sup>.

Las características del heredero fiduciario se pueden explicar de la siguiente manera: "a) El heredero fiduciario es el verdadero heredero del fiduciante, que tiene una propiedad temporal, generalmente de por vida o vitalicia. Por ello, si la eficacia del segundo llamamiento desaparece, el gravamen de restitución desaparece y la herencia se purifica en el poder del fiduciario. Este punto es importante para el entendimiento de la presente institución jurídica ya que como expresa Puig Brutau citando a Roca Satre, "el fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, circunstancial o

---

<sup>629</sup> Cf. FERNÁNDEZ URZAINGUI, F. J., Código Civil. Concordancias, Notas y Jurisprudencia. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000, página 1019.

<sup>630</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, páginas 456-457.

*per accidens*, sino un propietario *per se*, o sea, de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*, generalmente de por vida o vitalicia, debido a que por ser designio del testador favorecer con la misma herencia a una serie de personas, unas después de otras, es indispensable dejar libre en su día o caso la entrada en el fideicomiso al heredero que siga, conforme indique el orden sucesivo, que señala el curso o trayectoria de los bienes hereditarios impuestos por el testador y que pesa sobre ellos como gravamen de sucesividad, actuante al llegar el día o cumplirse la condición fijados por el testador”<sup>631</sup>. (...) b) El heredero fiduciario responde sin limitación de las deudas hereditarias si no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario<sup>632</sup>.

El autor expone dos puntos contrarios. Por un lado, expone la posición de Roca Sastre quien entiende que “la confusión entre el patrimonio fideicomitido y el personal del fiduciario es provisional y desaparece al llegar el momento de la restitución”, por lo que este autor entiende que el heredero fiduciario no tiene que pagar las deudas hereditarias. Por otra parte, Vallet y

---

<sup>631</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos V, página 554.

<sup>632</sup> Cf. PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, *ibidem*, página 457.



Goitisoló entiende que el heredero fiduciario puede acogerse al beneficio de inventario y que el sustituto fideicomisario responderá solamente con el patrimonio fideicomitido. Esta última posición tiene sentido, ya que la consecuencia final en la aceptación a beneficio de inventario será la misma tanto con el heredero fiduciario como con el fideicomisario. La diferencia estriba en el caso de no haberse aceptado la herencia a beneficio de inventario, entonces el heredero fiduciario respondería con su patrimonio personal. Esto demuestra que no se establecería automáticamente un patrimonio separado del patrimonio personal del heredero fiduciario, lo que se le denomina un patrimonio fiduciario, que sólo se equipararía al patrimonio de la herencia aceptada a beneficio de inventario. (...) c) El heredero fiduciario, por ser el verdadero heredero puede realizar la partición de la herencia con sus coherederos y la partición será válida y eficaz frente a los sustitutos. (...) d) Corresponden al fiduciario las acciones dominicales inherentes a la propiedad. El fiduciario es propietario y no simple usufructuario. Si fuese usufructuario no sería heredero porque no sería sucesor a título universal. Como heredero con sustitución fideicomisaria puede obtener la inscripción. Como propietario, tiene derecho a percibir los frutos de los bienes de la herencia, y cuando llegue el momento de entregar la herencia al fideicomisario,

el art. 783 C.c. le autoriza a deducir lo que corresponda por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. (...) e) Sin embargo, debido al carácter temporal de su derecho de propiedad, el fiduciario no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de su restitución, si el testador no ha dispuesto otra cosa"<sup>633</sup>. Pero esto no significa que existan razones válidas para poder disponer de los bienes de la herencia "como en los supuestos de pago de deudas de la herencia, legítimas y legados, que son derechos preferentes de los derechos que el causante puede atribuir al fiduciario y al fideicomisario".<sup>634</sup>

Lo mismo ocurre cuando el fiduciario no puede conservar o es difícil y costoso conservar bienes muebles.<sup>635</sup> En relación con los bienes inmuebles, de existir una condición resolutoria en la sustitución fideicomisaria, el heredero fiduciario puede disponer de dichos bienes, pero tiene que hacer constar que son bienes sujetos a la contingencia del cumplimiento o no de una condición.<sup>636</sup>

---

<sup>633</sup> Ibidem, páginas 457-458. Subrayado nuestro.

<sup>634</sup> Ibidem, página 458.

<sup>635</sup> Cf. ibidem, página 458.

<sup>636</sup> Cf. ibidem, página 458; Ver art. 37, núm. 1 de la Ley Hipotecaria.

#### 4.3.2.2 El sustituto fideicomisario

Si el sustituto fideicomisario es heredero o no Puig Brutau expresa que "(e)l hecho de que sólo es heredero de una persona aquel en quien se opera el fenómeno sucesorio o *successio in universum ius* no es obstáculo para reconocer que el sustituto fideicomisario trae directamente su causa del fideicomitente"<sup>637</sup>, que es el testador, y por ende, adquiere por su causa. El sustituto fideicomisario no sucede como heredero del fideicomitente, ya que el fenómeno sucesorio no se opera en él, ni tampoco sucede al heredero fiduciario, ya que no trae causa de él<sup>638</sup>. Lacruz Berdejo opina que "la sustitución equivale a instituir al fideicomisario heredero a término incierto"<sup>639</sup>.

Las características del sustituto fideicomisario se pueden resumir de la siguiente manera: a) "Si el fiduciario ha llegado a heredar, el sustituto fideicomisario no será heredero del fideicomitente y sólo responderá limitadamente de las deudas de la herencia con los bienes que recibe de la misma (responsabilidad *cum viribus*). b) Antes de llegar el momento de la restitución,

---

<sup>637</sup> Ibidem, página 459.

<sup>638</sup> Cf. ibidem, página 459.

<sup>639</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., Derecho de Sucesiones, página 301.

el sustituto fideicomisario sólo tiene una expectativa de derecho a los bienes fideicomitidos. Esta expectativa representa un derecho transmisible a los herederos del sustituto si la sustitución sólo está aplazada, mientras que en general ha de estimarse lo contrario su está pendiente del cumplimiento de una condición”<sup>640</sup>.

#### **4.3.3 El objeto de la sustitución fideicomisaria**

El objeto de la sustitución fideicomisaria lo constituyen los bienes fideicomitidos. Estos han de pasar de un titular a otro sucesivamente. Estas son las características esenciales de la sustitución fideicomisaria, por un lado, la pluralidad de llamamientos y, por otro lado el orden sucesivo de entre los llamamientos. La doctrina ha expresado que el concepto jurídico de esta sucesión consiste en una restitución y no en una tradición (*traditio*) de los bienes fideicomitidos. Es decir en ella está constituida la obligación de restituir y no de transmitir. “No hay una obligación de entregar para transmitir un derecho, como en los arts. 609 y 1.095 C.c., sino de restituir por parte de quien ha dejado de tener derecho a unos bienes que pasan a un nuevo titular”<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, página 459.

<sup>641</sup> Ibidem, página 459.

La sustitución fideicomisaria tiene como característica natural la obligación de conservar los bienes o indisponibilidad impuesta al heredero fiduciario<sup>642</sup>. El testador, puede dispensar al heredero fiduciario de esta obligación de conservación de los bienes, por lo que se produciría la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo. Esta surge "cuando el testador hace dos o más llamamientos, estableciendo un orden de suceder entre los llamados, pero faculta al fiduciario o fiduciarios para disponer en todo o en parte, por actos intervivos y a título oneroso, de los bienes fideicomitidos"<sup>643</sup>. "Como es sabido, el fideicomiso de residuo es aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero (o legatario, lo que en adelante se sobreentiende) fiduciario a una persona, pero en vez de ordenarle que conserve *entera* la herencia fideicomitida para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario (o post-heredero o segundo heredero o heredero sucesivo) que designa el testador, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la *restitución* del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos. Como el derecho que se confiere al fideicomisario

---

<sup>642</sup> Cf. *ibidem*, página 460.

<sup>643</sup> *Ibidem*, página 460.

es el de adquirir únicamente la parte de herencia que el fiduciario conserve en su poder, es decir, lo que *reste* de ésta, o el *residuo* de la misma, la figura se denomina de *residuo*"<sup>644</sup>.

Manresa<sup>645</sup> expone una manera de concretizar la transmisión de todo o parte de la herencia según lo dispuesto en el artículo 781. Este plantea la problemática de si el tercero llamado a transmitir la herencia, en caso de que un testador disponga que se invierta todo o parte del caudal relicto en sufragios, hospitales, fábricas, asilos y otros o en cosas determinadas, esto sería realmente una sustitución fideicomisaria. La respuesta la provee el artículo 785 número 4, se interprete conforme al requisito de expresión y no sea contrario sensu de manera reservada. Es decir, sí surtirán efecto las sustituciones que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según las disposiciones expresas testamentarias.

---

<sup>644</sup> DÍAZ ALABART, S., op. cit., página 29.

<sup>645</sup> Cf. MANRESA y NAVARRO, J. M., Comentarios al Código Civil Español. Tomo 6, Vol. I Arts. 744-839. Madrid: Instituto Editorial Reus 1956, página 274.

#### 4.3.4 Las limitaciones a la validez y efectividad

##### 4.3.4.1 Limitación de grados

La palabra *grados* puede entenderse de diferentes maneras. Esta puede entenderse como grado de parentesco, como generación y como llamamiento<sup>646</sup>. Según Roca Sastre la palabra grado ha de entenderse como llamamiento y no de generación, ya que esto se apoya "no sólo en que la base 16 de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888 adoptó la palabra 'generación', al igual que aquella Real Cédula de 1818..., sino en que el tipo de fideicomiso *cum liberis*, o sea el de generación en generación, o de grado en grado, en sentido vertical o línea recta descendente, que es el tipo que había dado lugar a los antiguos mayorazgos..."<sup>647</sup>. Puig Brutau apoyándose en Roca Sastre estiman que para interpretar adecuadamente este término sería mejor diferenciar entre los fideicomisos familiares y los fideicomisos no familiares (entre extraños), de lo cual resultaría que para los fideicomisos familiares el término grado se entendería como generaciones y en los fideicomisos no familiares se entendería como llamamientos.<sup>648</sup>

---

<sup>646</sup>Cf. PUIG BRUTAU, J., Compendio IV, página 454.

<sup>647</sup> Ibidem, página 454.

<sup>648</sup> Ibidem, página 454 nota 10.

En relación con el artículo 786, el cual expresa que "(1) a nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria", Lacruz Berdejo opina que la redacción es defectuosa y "sólo puede entenderse en el sentido de que las sustituciones que no infringen el límite que traza el art. 781 son válidas, y las que lo infringen son nulas"<sup>649</sup>. "Lo mismo resulta del art. 641, que dispone que la reversión de las donaciones a favor de personas distintas del donante sólo puede hacerse 'en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias', y añade que la reversión que de esta manera vulnera la ley, 'es nula, pero no producirá la nulidad de la donación'. Ni la nulidad, hay que entender, de las reversiones establecidas dentro de los indicados límites"<sup>650</sup>.

Según O'Callaghan Muñoz cuando la sustitución fideicomisaria se establece a favor de personas futuras, no nacidas, *nasciturus*, el límite establecido es del segundo grado, el cual ha de entenderse como 'llamamiento efectivo',

---

<sup>649</sup> Ibidem, página 455; Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., Derecho de Sucesiones, página 299.

<sup>650</sup> Ibidem, página 455.



transmisión. Por ende, esto trae como consecuencia que se pueden realizar dos transmisiones a dos fideicomisarios, descontando la transmisión que realizara el fideicomitente al fiduciario<sup>651</sup>." La institución fideicomisaria puede establecerse a favor de *nascituri*, o sea personas que no existentes aún al fallecimiento del testador, siempre que no se pase del 2.º grado"<sup>652</sup>.

#### **4.3.4.2 Limitación a personas vivas**

La limitación impuesta por el art. 781 respecto a que las sustituciones fideicomisarias surtirán efecto y serán válidas si recaen sobre personas que vivan al momento de la muerte del causante, se entiende que ésta "sólo puede disponerse a favor de personas (sin tope de número) que vivan o estén concebidas (art. 29 CC<sup>653</sup>) al fallecimiento del fideicomitente"<sup>654</sup>.

---

<sup>651</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Código Civil Comentado y con Jurisprudencia. Madrid: La Ley-Actualidad, 1996, página 740; también: Idem, , Art. 781. páginas 592-597. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidido - coordinado) Comentario del Código Civil. Tomo 4 Arts. 609-857. Barcelona: Editorial Bosch, 2000, página 594.

<sup>652</sup> RIMBLAS, J., Código Civil. 2da. Edición Casa Barcelona: Editorial Bosch, 1958, página 502.

<sup>653</sup> "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

<sup>654</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., Art. 781. op. cit., página 1920.

Scaevola comenta respecto al requisito de vivir jurídicamente en relación al artículo 30<sup>655</sup>, que "cabe sostener en este caso que la vida que se refiere el Código es la del que ya ha nacido y vivido con separación del claustro materno (art. 30 del Código), que la del que todavía se halla en el vientre de su madre. (...) Sin embargo, como la capacidad de suceder no requiere otra cosa que la concepción (artículo 745<sup>656</sup>); como vida es la del concebido, y no nacido, aunque incompleta, y aunque consistente, para los efectos jurídicos, en una expectativa, y como, de todos modos, de lo que en el presente artículo se trata es de impedir la perpetuidad de las sustituciones, contra la que nada arguye el hallarse simplemente concebida la persona objeto del llamamiento, nos inclinamos a aceptar este criterio amplio, y a creer que la vida de que habla el art. 781 es exactamente la misma que para la capacidad de suceder, en general, hemos considerado necesaria en el comentario del 745"<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> "Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

<sup>656</sup> "Son incapaces de suceder: 1. Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley".

<sup>657</sup> SCAEVOLA, Q. M., Código Civil. Comentado y Concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca. Tomo XIII. Art. 744-865. 5ta. Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, página 709.

Jurisprudencialmente se ha aceptado la posibilidad de heredar por personas no nacidas o que aún no han sido engendradas en las Sentencias del Tribunal Supremo del 25-4-1963 y 27-12-1982. En esta última se expresa que "(e)n nuestro Derecho positivo y en base al artículo 745.1, en relación con los artículos 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución en este supuesto, el legado por ser a favor de un sujeto incierto sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente con tal de que exista certeza en el beneficiario".

## Capítulo 5: El patrimonio, su desarrollo conceptual y su relación con el trust

### 5.1 El concepto de patrimonio

#### 5.1.1 Origen histórico y conceptual

En el derecho romano se utilizó el término de patrimonio en relación con las cosas que lo componen. Así Gayo hablaba de las cosas que están en y fuera del patrimonio: "tratemos ahora de las cosas, que o están en nuestro patrimonio o se encuentran fuera de él"<sup>658</sup>. "Las cosas que pueden formar parte del patrimonio (*in nostro patrimonio sunt*), de las que se puede extraer un aprovechamiento privado y por ello son 'bienes' (*bona*); entre éstas, se cuentan también las cosas que aún no tienen dueño (*res nullius*) y las que temporalmente no pertenecen a nadie (*res sine dominio*)<sup>659</sup>". (...) "Relevante para un patrimonio son las cosas que reportan una utilidad económica a los particulares; en este sentido, es posible también distinguir entre cosas mancipiales (*res mancipi*) y no mancipiales (*res nec mancipi*). ... (E)n ella se integran aquellas cosas destinadas a dar estabilidad al patrimonio familiar

---

<sup>658</sup> Gayo, *Instituciones*, 2,1: modo uideamus de rebus; quae uel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur.

<sup>659</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T., *op. cit.*, página 172.

(*mancipium*), lo que llamaríamos bienes raíces, que son las cosas mancipiales, entre las que se cuentan (Gai, 2,14a-22): los esclavos, los animales de tiro y carga y los fundos itálicos con sus servidumbres rústicas; así como las cosas no mancipiables, que son aquellas que se destinan a las transacciones más frecuentes<sup>660</sup>.

En relación a su etimología la palabra *patrimonium* proviene del latín y su significado corresponde al *pater* (*familias*) en el antiguo Derecho romano, ya que el *pater* era el único sujeto de derecho<sup>661</sup>. Entonces, el patrimonio es lo que le corresponde o se deriva del *pater*<sup>662</sup>. En las XII Tablas se utilizaban los términos de

---

<sup>660</sup> Ibidem, página 173. Es importante mencionar que la autora señala que en la base de esta diferenciación se encuentra la forma de adquirir la propiedad como se indicó en el capítulo sobre la fiducia romana. "Así, las *res mancipi* precisan de la *mancipatio*, que exigía la observancia de ciertas formalidades y la presencia de testigos para lograr la adquisición de la propiedad, mientras que las *res nec mancipi* se adquirirían por simple entrega". Según Gayo (2,22) "El mismo valor de la *mancipatio* tiene la cesión ante el magistrado" (*Quod autem ualet mancipatio, idem ualet et in iure cesio*).

<sup>661</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación a una teoría general del patrimonio (en adelante: Aproximación). Revista de Derecho Privado. 2 (1991), página 588.

<sup>662</sup> Cf. ibidem, página 588.

familia y pecunia para expresar el contenido del concepto de patrimonio<sup>663</sup>.

Castán Tobeñas explica que etimológicamente el término patrimonio podría derivarse de *patris munium*, lo que se refería a los bienes que una persona había recibido de su padre o ascendientes<sup>664</sup>. El concepto técnico-jurídico del patrimonio parte de la doctrina romanística y de la pandectística alemana, encontrándose en éste aspectos del Derecho romano y de la doctrina del Derecho natural<sup>665</sup>.

### **5.1.2 Teorías sobre el patrimonio**

Para explicar la existencia del patrimonio la doctrina desarrolló una serie de fundamentos que llegan a la doctrina jurídica española principalmente por vía de la pandectística alemana. Las corrientes de pensamiento jurídico que explican el patrimonio se exponen en los siguientes puntos.

---

<sup>663</sup> Cf. *ibidem*, página 588, citando nota 6 a Biondi, *Patrimonio*, en *Novissimo Digesto italiano*. XII, Turín, 1965, página 615.

<sup>664</sup> Cf. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. Decimocuarta edición. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Madrid: Reus 1984, página 646.

<sup>665</sup> Cf. *ibidem*, página 647.

### 5.1.2.1 Teoría personalista

A esta teoría se le conoce tanto como la teoría personalista, subjetiva e incluso unitaria del patrimonio. Esta teoría tiene su fundamento filosófico jurídico en el pensamiento iusnaturalista<sup>666</sup>. Como se puede apreciar en las formulaciones de las definiciones de patrimonio de la doctrina española esta concepción personalista es la que le sirve de base. Y no es para menos, ya que en el Código Civil Español no se encuentra una definición de patrimonio sino solo mención o referencias a éste. Sólo en el caso del Código Civil Argentino encontramos una definición de este que cuadra con esta teoría: "El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio" (artículo 2312, inciso segundo)<sup>667</sup>. Como nos dice el Prof. De los Mozos, que aunque los códigos latinos guardan silencio sobre la definición del patrimonio, siguiendo el modelo de Gayo en su "organización sistemática de los derechos patrimoniales, subyace una concepción personalista del patrimonio que se traduce en la propia consideración de los bienes"<sup>668</sup>.

Según De los Mozos, la teoría personalista tiene su origen en el iusnaturalismo y a esta

---

<sup>666</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, páginas 589-590.

<sup>667</sup> Cf. ibidem, página 589.

<sup>668</sup> Ibidem, página 589.

teoría se vinculan los Códigos que siguen con fidelidad al '*usus modernus Pandectarum*' entre los cuales se encuentra el Code civil (Código civil francés)<sup>669</sup>.

Quienes representan y exponen esta teoría personalista o como se conoce en Francia como la teoría unitaria del patrimonio son los alsacianos Charles Aubry (1803-1883) y Frédéric-Charles Rau (1803-1877)<sup>670</sup>. Aunque "en su Cours de Droit civil français asumen y posteriormente desarrollan la tesis previamente expuestas por Karl Salomo Zachariä von Lingenthal (1769-1843), en un manual escrito por primera vez en 1808 para las zonas germánicas en las que se aplicaba el Code Napoleón"<sup>671</sup>, realmente su doctrina procede de la tradición individualista y liberal de principios de siglo XIX y no del pandectismo alemán en la figura de Zachariä von Lingenthal<sup>672</sup>. Sí se le

---

<sup>669</sup> Ibidem. página 590.

<sup>670</sup> Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., Los patrimonios financieros y el trust. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Número 693, Enero-Febrero 2006, página 13.

<sup>671</sup> Ibidem, páginas 13-14, nota 8 "ZACHARI VON LINGENTHAL, Handbuch, § 573, 529, n. 1, con cita de WINDSCHEID, Pandekten, I, § 42: «[D]ie Lehre von dem Vermögen beruht auf den Abstraktionen der deutschen gemeinrechtliche Doktrin»".

<sup>672</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 590.



reconoce a Zachariä von Lingenthal el énfasis y el cultivo del concepto del patrimonio<sup>673</sup>.

Zachariä von Lingenthal comienza su definición de patrimonio de la siguiente manera: "Durch Zusammenfassung der dinglichen und Forderungsrechte, sowie der übrigen geldwerthen Rechte einer Person erhält man den Begriff des Vermögens dieser Person. Und zwar werden hier die betreffenden Rechte nicht als einzelne betrachtet, sondern zu einer ideellen Einheit zusammengefasst -einer universitas von Rechten- welche einem und demselben Subjekte zusteht"<sup>674</sup>.

También: "Das Vermögen ist der Inbegriff alles dessen, was einer Person gehört. Das Vermögen ist daher ein Ganzes im juridischen Sinne. (Universitas juris)"<sup>675</sup>. "Das Vermögen einer Person ist die Rechtsidee der Einheit aller der

---

<sup>673</sup> Cf. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S. (begründet von), Handbuch des Französischen Civilrechts. Bearbeitet von Dr. Carl Crome. Achte, vermehrte und erbesserte Auflage. Erster Band. Freiburg i. B.: Ernst Mohr's Verlag, 1894, página 313 nota 2 de Carl Crome: "Die besondere Hervorhebung und Pflege des Vermögensbegriffs ist ein entscheidendes Verdienst Zachariäs, wenn auch im Einzelnen vielfach eine Umänderung und Berichtigung erfolgen musste".

<sup>674</sup> Ibidem, página 313.

<sup>675</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch des französischen Civilrechts. Band 2. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1808, página 123.

äusseren Gegenstände, welche der Person gehören"<sup>676</sup>.

Zachariä explica sobre el patrimonio lo siguiente: "Cada ser humano tiene capacidad jurídica, también es capaz de tener derechos patrimoniales. Por lo tanto, cada ser humano puede tener un patrimonio, pero no por consiguiente (consecuentemente) que él también tenga realmente un patrimonio. El patrimonio mismo es una unidad, y permanece como tal sin consideración al cambio de cada uno de los derechos, que pertenecen al patrimonio"<sup>677</sup>. Esto nos lleva a la conclusión de que para Zachariä el patrimonio es algo unido a la persona, pero no necesariamente inherente a ésta, ya que se puede tener un patrimonio, pero no se tiene siempre. Esta idea pareciera insinuar que lo que tiene el ser humano es la capacidad patrimonial como lo han expresado otros autores como ya vimos, pero no necesariamente el patrimonio. "Da die

---

<sup>676</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch des französischen Civilrechts - 7. Band 3. verm. und bis auf die neueste Zeit fortgef. Aufl. Hrsg. von Heinrich Dreyer. Heidelberg: Ernst Mohr's Verlag, 1886, página 529.

<sup>677</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Handbuch (1894), página 318: "Jeder Mensch ist rechtsfähig, also auch fähig zu Vermögensrechten. Folglich kann jeder Mensch ein Vermögen haben, aber es folgt nicht dass er auch wirklich ein Vermögen hat". "Das Vermögen selbst ist eine Einheit, und bleibt eine solche ohne Rücksicht auf den Wechsel der einzelnen Rechte, welche zum Vermögen gehören".

Vermögensfähigkeit mit der Rechtsfähigkeit überhaupt zusammenfällt, so hört der Mensch erst mit dem Tode auf, vermögensfähig zu sein"<sup>678</sup>.

También Zachariä von Lingenthal hacía énfasis en las características de universalidad y personalidad, al punto de que patrimonio y personalidad eran aspectos inconfundibles e indisolubles<sup>679</sup>. Zachariäs lo expresaba de la siguiente manera: "El patrimonio no es un objeto externo, sino solamente la idea de una unidad jurídica del objeto, que pertenece una persona específica, o la personalidad del mismo ser humano mismo en su relación con los objetos externo de su derecho. El patrimonio es por ello un todo jurídico, una unidad"<sup>680</sup>. "El patrimonio es la personalidad del ser humano mismo, contemplada esa relación con sus bienes, sobre los cuales el ser humano domina"<sup>681</sup>.

---

<sup>678</sup> Ibidem, página 326.

<sup>679</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 14.

<sup>680</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch 1886, § 573, página 530: "[D]as Vermögen ist nicht selbst ein äusserer Gegenstand, sondern nur die Idee der rechtlichen Einheit alle der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören, oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äusseren Gegenstände seiner Rechte. Das Vermögen ist daher ein rechtliches Ganzes, eine Gesamtheit (Universitas juris)". Traducción nuestra.

<sup>681</sup> Ibidem, § 575, página 532: "(...) das Vermögen is die Persönlichkeit des Menschen selbst, diese in Beziehung auf die Güter betrachtet, ueber welcher der Mensch gebietet".

“(E)l ser humano no adquiere su patrimonio, sino que lo tiene, mientras le corresponde como característica propia de su personalidad un patrimonio, la que él tiene en virtud de la ley, según las circunstancias en el tiempo puede aumentarlo o disminuirlo”<sup>682</sup>.

La idea de la indivisibilidad del patrimonio se encuentra ya en los escritos de Zachariä cuando hace referencia a que el patrimonio se puede dividir en cuotas pero no en partes específicas: “Es kann nur in sovielste Theile, nicht aber in für sich bestimmte oder für sich bestimmte Theile (nur in partes quotas und nicht in partes quantas)

---

<sup>682</sup> Ibidem, § 575, página página 534: “[D]er Mensch erwirbt sein Vermögen nicht, sonder er hat, wenn und so lange ihm die Eigenschaft der Persönlichkeit zukommt, kraft Gesetzes ein Vermögen, wenn sich auch das Vermögen, das er hat, seinen Gegeständen nach in der Zeit vermehren oder vermindern kann”.

getheilt werden"<sup>683</sup>. Según Arroyo i Amayuelas esto es un desarrollo del concepto de patrimonio de Zachariä von Lingenthal<sup>684</sup>. La consecuencia lógica de ello es que Zachariä von Lingenthal entiende que no puede haber dos titulares para un mismo patrimonio, ya que éste es emanación de la personalidad del individuo<sup>685</sup>: "(...) eine und dieselbe Person nicht mehr als ein Vermögen besitzen, es ware denn, dass die Gesetze eine und demselben Individuo eine mehrfache Persönlichkeit beilegten oder dass sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter gleich als ein für sich bestehendes Vermögen -sei es dem Eigenthümer des Vermögens (beneficium inventarii, s. auch Art. 1483) oder dritten Personen (beneficium separationis, Art. 878)- zu sondern

---

<sup>683</sup> Ibidem, § 573, página 530: "Es kann nur in sovielste Theile, nicht aber in für sich bestimmte oder für sich Theile (nur in partes quotas und nicht in partes quantas) getheilt werden". También: ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Handbuch 1886, § 575, 532-533: "[O]bwohl das Vermögen, wenn man es für sich und abgesehen von der Person seines Eigenthümers betrachtet (nach sovielsten Theilen, nach partibus quotis) theilbar ist, so ist es doch in Beziehung auf seinen Eigenthümer oder so ist doch das Eigenthum am Vermögen (ganz so wie die Persönlichkeit des Eigenthümers selbst) ein untheilbarer Gegenstand. (...) Eben so können die Gläubiger einer bestimmten Person obwohl ihr Schuldner einen Theil seines (dermaligen) Vermögens verschenkt hat, dennoch wegen des ganzen Betrages ihrer Forderungen auf das gesammte übrige Vermögen ihres Schuldners Beschlag legen".

<sup>684</sup> Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 14.

<sup>685</sup> Cf. Ibidem, página 15.

gestatteten”<sup>686</sup>. También en esa misma línea expresa que según el concepto de patrimonio surge como consecuencia que nadie puede tener más de un patrimonio<sup>687</sup>.

Según Arroyo i Amayuelas, Aubry y Rau asumen las ideas de Zachariä von Lingenthal sobre el patrimonio y lo definen “como una universalidad de bienes presentes y futuros, con valor pecuniario y, sobre todo, ‘dans sa plus haute expression, la personnalité même de l’home’”<sup>688</sup>. De los Mozos entiende que Aubry y Rau definen el patrimonio como “el conjunto de los bienes de una persona,

---

<sup>686</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch 1886, § 573, página 530.

<sup>687</sup> ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch 1894, página 314: “Auf der anderen Seite folgt aus dem Vermögensbegriff, dass Niemand mehr al sein Vermögen haben kann”.

<sup>688</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 15 nota 14 citando a AUBRY-RAU, Cours, § 573, página 334. “La frase en cursiva en pág. 334, n. 6: «[L]e patrimoine étant dans sa plus haute expression, la personnalité même de l’homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement in actu les biens déjà acquis, mais encore in potentia les biens à acquérir. C’est ce qu’exprime très bien le mot allemand Vermögen, qui signifie tout à la fois, pouvoir et patrimoine. Le patrimoine d’une personne est sa puissance juridique, considérée d’une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d’espace»; además, Cours, § 577, 349, 351: «(...) il ne le perd [le patrimoine] qu’en perdant, avec la vie, sa personnalité même». En cuanto a la valoración económica, que permite entrar en funcionamiento el principio de la subrogación real y explicar la teoría de los daños y perjuicios debidos, vid. Cours, § 575, páginas 340-346”.

considerados como una universalidad de derecho, afirmación que con carácter general dista mucho de contenerse en los Códigos.”<sup>689</sup>.

“El fundamento de esta unidad, de este *universum iuris*, deriva de encontrarse el patrimonio sometido ‘al arbitrio de una sola voluntad, a la acción de un único poder jurídico’. El patrimonio es, por tanto, una universalidad de derecho en el sentido de que los bienes forman una unidad, un conjunto jurídico, en virtud de la unidad misma de la persona a quien pertenecen, llegando a concebirlo como una emanación de la personalidad y como expresión de su potestad jurídica, de donde se deduce que ‘el patrimonio, siendo en su más alta expresión la personalidad misma del hombre, considerada en sus relaciones con los objetos exteriores sobre los cuales pueden o podrá tener derechos que ejercitar, comprende no solamente en *in actu* los bienes ya adquiridos, sino también, en potencia, los bienes a adquirir en el futuro’”<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 590.

<sup>690</sup> Ibidem, páginas 590-591; En esa misma línea coincide ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 15 sobre la exposición de Aubry y Rau: “Se continúa afirmando que el patrimonio es una prolongación de la personalidad -aunque no se confunde con ella- y, por tanto, de ahí se sigue que sólo las personas pueden ser titulares de un patrimonio y que toda persona sólo posee un patrimonio (aunque actualmente no posea ningún bien). Como la personalidad, el patrimonio es

A las situaciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario o la *separatio bonorum hereditaria* Aubry y Rau las entienden como 'certaines universalites juridiques qui s'en distinguent', y expresan que éstas lo que hacen es confirmar su posición personalista<sup>691</sup>. A la misma vez éstas explican el principio de transmisión *mortis causa* de los bienes y el principio de la responsabilidad universal ilimitada del deudor<sup>692</sup>.

---

indivisible (salvo en cuotas ideales) y además así lo impone su naturaleza incorporal”.

<sup>691</sup> Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 15 nota 18 citando a AUBRY y RAU, Cours, § 574, páginas 338-339.

<sup>692</sup> Cf. Ibidem, página 16; ver notas 19 y 20: Nota 19: Cours, § 577, 349, 351 : «(...) il ne le perd [le patrimoine] qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même»; Cours, § 582, 373: «(...) le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité [il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens d'un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne succèdent, à vrai dire, qu'à ces biens, et non au patrimoine, et ne sont, par conséquence, que des successeurs particuliers (...)]» . Vid. también SÉVE, R., «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», 24 (1979), Archives de Philosophie de Droit, página 249. Nota 20: Cours, § 579, páginas 366-368: «[L]'indivisibilité du droit de gage établi par l'art. 2.092 conduit à reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations, quelle que soit l'époque à laquelle ces obligations ont pris naissance, et celle à laquelle ces biens ont été acquis, sans que les créanciers antérieurs aient aucune préférence à réclamer sur les



De esta concepción de la teoría personalista del patrimonio surgen como consecuencia que si el patrimonio es un atributo de la personalidad jurídica solamente las personas pueden tener un patrimonio, es decir, pueden ser titulares del patrimonio. No puede haber persona sin patrimonio. Además, toda persona tiene necesariamente un patrimonio y que la persona no puede tener más que un patrimonio. Entonces, tampoco podría darse el caso de un patrimonio sin titular, es decir que no pertenezca a una persona. El patrimonio es inseparable de la persona<sup>693</sup>.

En la teoría personalista encontramos la posición de von Thur, quien también entiende que la unidad el patrimonio se la imparte el sujeto, ya que sigue la norma en que a cada sujeto le corresponde un único patrimonio y que sólo por excepción ex lege un grupo de derechos podrían

---

créanciers postérieurs, et sans qu'à l'inverse les derniers puissent prétendre primer les premiers, sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'est engagé envers ceux-ci».

<sup>693</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 591 y Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 16.

tener existencia separada del patrimonio principal”<sup>694</sup>.

Finalmente se puede concluir que las teorías personalistas enfatizan la relación patrimonial en el titular del patrimonio. Naturalmente esta relación es importante en los diferentes tipos de patrimonios, pero no explica todo el alcance de su concepto.

#### **5.1.2.2 Teoría finalista**

En reacción a la teoría personalista, surge la teoría finalista, también llamada teoría objetiva, de destino o de afectación. Su idea fundamental estriba en que ante la existencia de patrimonios que pertenecen a alguien, existen otros que pertenecen a algo (*pertinere ad aliquid*) y que están destinados a un fin, a una finalidad<sup>695</sup>. De ahí su nombre patrimonios de destino o finalidad, o como la pandectística le llamó, *Zweckvermögen*. Para este tipo de patrimonio lo

---

<sup>694</sup> Cf. THUR, A. von, Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volumen I Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio. Madrid - Barcelona: Marcial Pons, 1998, Página 322.

<sup>695</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., Temas de Derecho Civil (En adelante Temas.). Madrid: Marisal, 1972 Temas, página 37 y Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592.

que importa es el fin, propósito o finalidad que se persigue y no la persona, ni su voluntad<sup>696</sup>. En el trasfondo está el movimiento de mercantilización del Derecho privado, que resultó de la primera revolución industrial<sup>697</sup>. “La pandectística cuestionó que el patrimonio debiera necesariamente mantener su unidad en base a su relación con una persona e introdujo la idea según la cual éste podía ‘pertener’ también a una finalidad”<sup>698</sup>. Quienes formulan y exponen esta teoría son Aloys von Brinz (1820-1887) y posteriormente Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) que es quien la desarrolla y modifica<sup>699</sup>.

---

<sup>696</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592.

<sup>697</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37 y Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592.

<sup>698</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 16.

<sup>699</sup> Cf. Ibidem, páginas 16-17, notas 21 y 22: Nota 21 “BRINZ, Aloys, Lehrbuch der Pandekten, I, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873 2, §§ 59-64, 209 y siguientes, en concreto, § 61, 201-202: «[S]prachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sondern auch für etwas gehören. Es ist unsere Behauptung, dass wie sprachlich, so rechtlich etwas für etwas gehören könne, dass in der That einzelne Sachen wie ganze Vermögen in anabsehbaren Massen für etwas gehören, und dass alle die Sachen und Vermögen, die das Römische Recht das einmal juristisch nüchtern als res nullius, das anderemal populär-personificierend als Güttern, Städten, Tempeln und gar vielen anderen Dingen -gehörig hinstellt, sämtlich für etwas gehört haben. Der Beweis hierfür liegt mehr als in allem anderen in lögischer Nothwendigkeit. Da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muss etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für ein Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unausweichlich der Zweckgedanke. Folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen»; (...) Nota 22: BEKKER, Ernst Immanuel, System des heutigen Pandektenrechts, I, Hermann

Anteriores a éstos se encontraban las ideas de Windscheid en relación a la herencia yacente, quien postulaba la posibilidad de la existencia de derechos sin sujeto<sup>700</sup>, y Savigny (1779-1861), que suponía otorgar personalidad jurídica a un patrimonio<sup>701</sup>. A esta teoría se unen Geny y Salielles, entre otros, además, de Ripert y Ferrara<sup>702</sup>.

La posición de Brinz en las palabras de De los Mozos consistía en que fuera de la persona natural no existe otro tipo de persona sino que una segunda especie de patrimonio<sup>703</sup>. "Pero esta relación y conexión puede existir o subsistir aún entre fines y bienes, quedando sustituida la

---

Böhlau, Weimar, 1886, § 42, página 142: «[B]rinz ist so zu sagen der Vater des "Zweckvermögens" »".

<sup>700</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592 nota 31 citando a Windscheid, Die ruhende Erbschaft und die vermogenrechtliche Persönlichkeit Ueberschau, I, página 136.

<sup>701</sup> Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 17 notas 23 y 24, citando en la nota 23 a "SAVIGNY, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, II, Beit und Comp., Berlin, 1840, § 85 y sigs., 235 y siguientes. Sobre todo ello, COING, Helmut, Derecho Privado europeo, II, Fundación Cultural del Notariado (ed.), Madrid, 1996 (trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, en base a la obra original, Europäisches Privatrecht, II, Beck, München, 1989), 422-428. Comenta la reacción desde la perspectiva francesa, HALPÉRIN, Histoire, páginas 198-200"; y en la nota 24 a "BRINZ, Lehrbuch, I, § 59, 194: «[N]ur die Menschen sind Personen»; III-2, § 432, página 459".

<sup>702</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592.

<sup>703</sup> Cf. ibidem, Aproximación, página 592.

persona por un fin determinado”<sup>704</sup>. Entonces, esto lleva a Brinz a afirmar que además de que un patrimonio pertenezca a alguien puede haber un patrimonio que pertenezca a algo: “[D]as *pertinere ad aliquem* und *ad aliquid* schliesst sich gegenseitig aus” (El pertenecer a alguien y el pertenecer a algo se excluyen mutuamente.)<sup>705</sup>. Por eso Arroyo i Amayuelas expresa que para Brinz “el patrimonio de destino se caracteriza, precisamente, por ser un patrimonio sin sujeto e incompatible con él”<sup>706</sup>. La pertenencia al patrimonio de destino sin titular evita la categorización de los bienes como *nullius* y a la vez le confiere unidad a esta masa de bienes<sup>707</sup>.

Como se expresó anteriormente, Bekker desarrolla y modifica las ideas de Brinz. Entre las cosas que hizo fue diferenciar dentro del

---

<sup>704</sup> Ibidem, Aproximación, página 592; también BRINZ, A. VON, Lehrbuch der Pandekten. Erster Band. 2. veränderte Auflage. Erlangen 1873, § 124, página 451: “Es gibt aber Vermögen ohne Inhaber. In diesen tritt dann an die Stelle des Habens der weitere Begriff des Gehörens, und an die Stelle der Person die hat oder der gehört, ein Zweck für den gehört”.

<sup>705</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 17 nota 25 citando a BRINZ, Lehrbuch, I, § 62, página 207. Traducción nuestra.

<sup>706</sup> Cf. ibidem, página 17, nota 25 citando a BRINZ, Lehrbuch, III-2, § 432, 457: “[I]nsolange nicht der Zweck anstatt des Subjektes als Gehörpunkt des Vermögens anerkannt wird, ist Zweckvermögen in meinem Sinne nicht vorhanden”.

<sup>707</sup> Cf. ibidem, página 17.

patrimonio de destino o afectación dos tipos de patrimonio: el patrimonio de afectación independiente y el patrimonio de afectación dependiente<sup>708</sup>. Los patrimonios de afectación independientes son patrimonios destinados a un fin y sin sujeto y los patrimonios de afectación dependientes son patrimonio personales destinados a un fin especial y dotados de propia autonomía<sup>709</sup>. A diferencia de Brinz, Bekker considera a las personas jurídicas como titulares de patrimonios de destino<sup>710</sup>.

Otra particularidad en el pensamiento de esta teoría en Bekker es que admite los patrimonios de afectación parcial (*partiale Zweckvermögen*) que dan lugar a los llamados *Sondergüter* o *Sondervermögen* (*bienes especiales o patrimonios especiales*)<sup>711</sup>. "La característica principal de tales patrimonios es que su existencia permitirá limitar la responsabilidad patrimonial del deudor y, a los ejemplos del Derecho romano clásico (peculio, dote, hipoteca legal) (...) "<sup>712</sup>. "El

---

<sup>708</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 592.

<sup>709</sup> Cf. *ibidem*, página 592, citando a Bekker, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium Handelsvermögen und Aktiengesellschaft*. En: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1861, páginas 10 y siguientes.

<sup>710</sup> Cf. ARROYO i AMAYUELAS, E., *op. cit.*, página 17.

<sup>711</sup> Cf. *ibidem*, página 17.

<sup>712</sup> *Ibidem*, página 17. , nota 27 "Para los ejemplos (...) Además, BEKKER, «Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handels Vermögen und Actiengesellschaften» IV (1861),

patrimonio separado es, pues, un patrimonio que se segrega del general del deudor, que ya no responde subsidiariamente de las deudas que aquél genera”<sup>713</sup>. La originalidad de la tesis de Bekker consiste en la idea de que el patrimonio de destino es uno que responde a la siguiente regla: “Ein Vermögen, das dieselben Schulden hat”<sup>714</sup>.

“Die Berücksichtigung der Schulden bei dem Vermögen drängt aber sofort auch zu einer andern Wahrnehmung. Ein Vermögen, dieselben Schulden; das gilt als Regel zweifellos. Aber bisweilen ergreifen dieselben Schulden, ein besonderes auf diese Zweck gerichtetes Tun der bei der Erzeugung der Schulden beteiligten Personen (wie dies hier durchgängig ausgeschlossen ist) nur einen Teil der zu einem grösseren Vermögen zusammengeschlossene Rechte: (...) Damit ist die Notwendigkeit der Annahme des Sonderguts gegeben, dessen volle Bedeutung auch in der neuesten Brinzschen Darstellung nicht zur Geltung kommt”<sup>715</sup>.

---

Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 499-567, esp. página 537 y siguientes”.

<sup>713</sup> Ibidem, páginas 17-18.

<sup>714</sup> Cf. ibidem, página 18 y BEKKER, E. I., System des heutigen Pandektenrechts, Band 1, Weimar, 1886, §42 página 142.

<sup>715</sup> BEKKER, E. I., System des heutigen Pandektenrechts, Band 1, Weimar, 1886, §42 página 143.

Para Bekker la separación de este patrimonio debe hacerse según la ley para que no sea arbitraria. Ni el deudor por su parte, ni en acuerdo con los acreedores puede realizar esa separación<sup>716</sup>.

Finalmente para una evaluación de esta teoría según De Castro, por un lado, ésta ha contribuido a enfatizar en la existencia de otro tipo de patrimonio a diferencia del patrimonio personal y, por otro lado, se le puede reprochar la separación excesiva de la persona sobre el patrimonio, "de no ver el normal influjo de la condición de la persona sobre la condición del patrimonio y viceversa; de haber desconocido, incluso los patrimonios individualizados y separados, están mediatamente destinados a la persona, a quedar en el ámbito de poder de su voluntad"<sup>717</sup>.

Para De los Mozos, esta teoría sirve para fundamentar la existencia de otras formas patrimonios junto a los patrimonios personales

---

<sup>716</sup> Cf. Arroyo i Amayuelas, página 18; también BEKKER, E. I., System des heutigen Pandektenrechts, Band 1, Weimar, 1886, §43 página 146: "Sondergut stehen nach festen Rechtregeln, nicht durch beliebige Willenserklärungen der Vermögensherrn, auch nicht durch vertragsmäßige Einigung mit dem Gläubiger der entstehenden Forderung".

<sup>717</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37.



“que, aunque también se integren en el patrimonio general de una persona, o que permanezcan separadas del mismo, su coherencia depende, en cuanto es susceptible de configurar un conjunto o masa patrimonial separada o autónoma, de la realización de unos fines especiales, los que vienen definidos o supuestos por las normas legales que son las que, paralelamente, determinan la agrupación de bienes y derechos en una masa patrimonial”<sup>718</sup>.

### **5.1.2.3 Teoría realista**

A la teoría realista también se le conoce como teoría pluralista o atomista<sup>719</sup>. Esta teoría constituye un grupo de teorías realistas que tienen en común el contraponerse a las teorías anteriores, criticándolas de idealistas y abstractas<sup>720</sup>. “Según esta teoría, no se puede hablar de patrimonio, como algo distinto de los bienes y derechos que forman su contenido”<sup>721</sup>. El patrimonio no es otra cosa que un nombre para designar esa realidad<sup>722</sup>. Esta teoría estaba apoyado por Coviello, Ferrara, von Thur, Lehmann,

---

<sup>718</sup> DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 593.

<sup>719</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37.

<sup>720</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 593.

<sup>721</sup> Ibidem, página 593.

<sup>722</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37.

Clemente de Diego, Castán Tobeñas<sup>723</sup>. Según De Castro la postura realista es una postura excéptica la cual lleva al extremo de considerar inútil el concepto de patrimonio conforme a la posición de Lehmann<sup>724</sup>. Según De Castro la posición realista no es aceptable, ya que la legislación utiliza continuamente el término de patrimonio como es el caso del Código civil español en sus artículos 181 (en relación al patrimonio del ausente) y 506 (en el caso del usufructo sobre el patrimonio)<sup>725</sup>. La aportación de los seguidores de esta teoría es su aspecto negativo en el sentido de que siguiendo la apreciación de De Castro y De los Mozos "el patrimonio no puede considerarse apto para ser objeto de un derecho subjetivo o independiente"<sup>726</sup>.

Según De los Mozos, la posición de Castán Tobeñas (como se citó anteriormente en su definición) dentro de la teoría realista es una de

---

<sup>723</sup> Cf. Ibidem, página 37 y DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 593.

<sup>724</sup> Cf. ibidem, Temas, 37; "Patrimonio significa sólo un conjunto ideal de derechos (y deberes) con valor en dinero, polarizado bien en la persona de su titular (así acontece con el patrimonio general) o en relación con un fin unitario (así en los patrimonios especiales)". Lehmann, Tratado de Derecho civil. Teoría general. Traducción al español, I, Madrid, 1956, página 535; citado en nota 42 DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 593.

<sup>725</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37.

<sup>726</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 593 y DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 37.

tipo ecléctica cuando se expresa de la siguiente manera sobre el patrimonio: "Por nuestra parte, estimamos que en el patrimonio hay siembre una idea de cohesión y de unidad, pero ésta no debe ser exagerada. Luego hemos de ver que esas supuestas notas de universalidad y unidad abstracta no es claro que sean atribuibles a todas las especies del patrimonio y deban entrar, por consiguiente, en la definición general del mismo. Por otra parte, tampoco parece esencial a la idea del patrimonio,..., una conceptualización unitaria de su estructura o contenido, que abarque el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones"<sup>727</sup>. El llega, entonces, a la siguiente definición de patrimonio: "como el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona - como centro de su poder jurídico- , o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular"<sup>728</sup>.

---

<sup>727</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., página 649.

<sup>728</sup> Ibidem, página 649; Este sigue la definición según formulada por Lehman y citada en la nota (4): "El patrimonio significa sólo un conjunto ideal de derechos (y deberes) con valor en dinero, polarizado bien en la persona de su titular (así acontece con el patrimonio en general) o en relación

#### 5.1.2.4 Teoría unitaria-orgánica

Una síntesis y postura conciliadora sobre estas teorías nos la da De los Mozos cuando expresa lo siguiente: "Por ello, nos parece que la superación del enfrentamiento doctrinal entre las teorías personalistas y finalistas, no ha de hacerse desde un modelo realismo, sino 'como una síntesis de este doble aspecto de la teoría del patrimonio', como quería De Cossío, lo que 'tal vez pueda llevarnos a una teoría unitaria que, aprovechando ambas enseñanzas, las reduzca a los límites estrictos impuestos por la realidad jurídica'<sup>729</sup>. Realidad que únicamente viene dada por un análisis de la regulación normativa que, como decíamos inicialmente, diseña una serie de funciones y de efectos interconexos de los que es término de referencia el propio concepto de patrimonio. Pues como dice Lacruz (Berdejo), lo peculiar del patrimonio 'es esa interacción, que tan bien señala De Cossio, entre la persona y el entorno económico al que alcanza su poder y deber. El concepto no engloba a los bienes en su individualidad, sino en cuanto *conjunto* de medios

---

con un fin unitario (así en los patrimonios especiales)". (Tratado, ed. española. T.I. página 535).

<sup>729</sup> DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 594; citando a De Cossío, A., La teoría del patrimonio, Sevilla, 1940 (=Libro Homenaje al profesor Serrano y Serrano, I, Valladolid, 1965, páginas 150 y siguientes.

materiales al servicio del sujeto y en cuanto componentes de un balance que gradúa su *solvencia*. De donde el patrimonio no es suma de propiedades y créditos en un momento dado, sino un distinto punto de vista permanente sobre un complejo de activos y deudas en constante proceso de cambio, a otros efectos ajeno a la gestión y defensa de cada derecho subjetivo concreto' "730. Con esta posición de los Mozos hace un aporte significativo a la comprensión del concepto de patrimonio, rompiendo los esquemas tradicionales y ubicándolo en el contexto correcto cuando lo describe en sus relaciones con los sujetos que pueden ser titulares de diferentes derechos como lo sería el titular o los titulares de las relaciones jurídicas, incluyendo los beneficiarios. Por eso se le podría denominar a dicha teoría como una teoría orgánica.

De lo anteriormente expuesto los autores Díez-Picazo y Gullón se adhieren a la teoría sobre el patrimonio de De Castro y Bravo, la cual constituye un punto medio entre las teorías subjetivas o personalistas de los civilistas

---

<sup>730</sup> Ibidem, Aproximación, página 594; citando a Lacruz, J. L., Elementos de Derecho civil, I, Parte General, 3, El derecho subjetivo, Barcelona, 1984 página página 71.

franceses Aubry y Rau y la tesis objetiva del patrimonio de Planiol y Ripert<sup>731</sup>.

Según De Castro y Bravo la importancia del concepto de patrimonio estriba en "que sirve para explicar el valor jurídico que toma o pierde, o conserva en parte, cada bien, al entrar o al salir de esas masa de bienes llamadas patrimonios. A parte de la ya apuntada importancia que tiene dicho concepto, para observar mejor el juego de los derechos en la esfera económica (patrimonial) de los titulares (personas físicas o personas jurídicas) reconocidos en Derecho privado"<sup>732</sup>.

Como se puede apreciar las siguientes definiciones podrían clasificarse o referirse a las diferentes teorías sobre el patrimonio anteriormente expuestas.

### **5.1.3 Definiciones y concepto del patrimonio**

Para poder comprender el concepto de patrimonio ha de plantearse en primer término la

---

<sup>731</sup> Cf. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. I Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Undécima edición (2003). Madrid: Técnos. Segunda reimpresión 2005, página 390. (En adelante Sistema I).

<sup>732</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, páginas 37-38.

razón de su utilización. Este concepto se utiliza para dar unidad y coherencia a situaciones prácticas<sup>733</sup>.

En el ámbito de las obligaciones se utiliza como referencia al cumplimiento de las obligaciones del deudor frente a sus acreedores, como cuando el art. 1911 del Código Civil Español expresa que "(d)el cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros". Igual expresa el artículo 1,111 del Código Civil. De esta manera el patrimonio constituye una garantía general de los acreedores ante el incumplimiento de los deudores.

En el concepto de la subrogación real, mediante la cual se sustituye un bien por otro dentro de los derechos del deudor, el concepto de patrimonio sirve de catalizador a los derechos que lo componen. La titularidad del derecho que se viene a formar parte e de este conjunto se sustituye por el que sale. En este sentido, entonces, no se ve afectada la garantía de los acreedores.

---

<sup>733</sup> Cf. MONTÉS PENADÉS, V. L., El patrimonio y los elementos patrimoniales. En: A. M. López López, V. L. Montés Penadés (coordinadores), y otros, Derecho Civil. Parte General. 3ra edición. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, páginas 606-607.

En el ámbito de las sucesiones tenemos las situaciones de la transferencia de los bienes del causante, cuando el artículo 659 C.C. expresa que "(1) a herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte". Por ende, la masa de derechos del causante, que se denomina herencia, se transmite como un todo al correspondiente sucesor.

En relación al ámbito del derecho sucesorio encontramos también el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario (artículo 1023 C.C.)<sup>734</sup>. En este supuesto esa masa de derechos responderá por las deudas del causante hasta donde alcance su activo, pero no se confundirá este patrimonio con el patrimonio del heredero. Aquí se está ante una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

---

<sup>734</sup> "El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: (1) El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. (2) Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. (3) No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia".



En el ámbito del derecho de familia se habla de patrimonio ganancial al conjunto de derechos de la sociedad legal de gananciales cuando el régimen económico matrimonial tiene como base dicha sociedad ganancial. Entonces se hablan de bienes o derechos gananciales a diferenciales de los particulares o privativos. La titularidad sobre dichos bienes o derechos recae sobre la sociedad de gananciales y no sobre cada uno de los componentes de dicha sociedad. También dicho régimen de gananciales se aplica sobre estos bienes y no sobre los bienes privativos<sup>735</sup>.

Estas situaciones fácticas nos llevan a las siguientes formulaciones de definiciones sobre el concepto del patrimonio, de sus características diferenciaciones.

Ya Von Thur había entrado a exponer una definición de patrimonio desde la perspectiva del valor económico de las cosas: patrimonio es poder económico<sup>736</sup>. "El conjunto de los derechos que competen a un sujeto constituye su ámbito jurídico, la esfera de poder que el orden jurídico

---

<sup>735</sup> Cf. MONTÉS PENADÉS, V. L., op. cit., páginas 606-607.

<sup>736</sup> THUR, A. von, op. cit., página 315.

le reconoce. En ésta se encuentra otra menor que, sin embargo, es la más importante e interesante desde el punto de vista de las relaciones privadas; se le llama 'patrimonio'. No entran en el patrimonio de los derechos de familia (...) ni los de la persona (por ejemplo, el relativo al nombre)"<sup>737</sup>.

El patrimonio se puede definir en las palabras Montés Penadés como el conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico sometidas a un régimen unitario de gestión y de responsabilidad"<sup>738</sup>. Según este autor la unificación del patrimonio se puede dar de doble manera. Por un lado la persona titular del patrimonio le imparte unidad, cuando se habla de patrimonio personal como se verá más adelante y, por otro lado, el fin, destino objeto de su constitución le imparte también unidad cuando se habla de patrimonio separado y de destino, o afectado a un fin<sup>739</sup>.

De los Mozos busca describir la noción de patrimonio más que hacer una formulación de una definición del concepto. Este expresa que "hemos

---

<sup>737</sup> Ibidem, página 315.

<sup>738</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., op. cit, página 605.

<sup>739</sup> Cf. ibidem, página 605.

de concluir que la noción de patrimonio es tan amplia y difusa que se hace muy difícil de definir, cuando se pretende utilizar una fórmula como la que es habitual en la definición de otros conceptos jurídicos. Por lo cual hemos de contentarnos con una aproximación a su concepto que parte, como hemos dicho, de considerarle desde tres puntos de vista distintos: su significado *económico* como término de referencia de las relaciones jurídicas patrimoniales de su titular; que aparece como un *conjunto* de bienes y derechos que a él se atribuyen, y en el que ese conjunto reviste un carácter más o menos *unitario* (que va desde la *suma* de bienes a la *universitas*), según el tipo de patrimonio de que se trate y según la función que en cada caso desarrolle; de lo que depende, también, la vinculación *subjetiva* o personal que es propia del mismo"<sup>740</sup>.

Albaladejo por su parte sintetiza su posición de lo que es el patrimonio partiendo de las diferentes opiniones sobre el concepto. Por una parte, "el patrimonio de la persona es el conjunto de relaciones jurídicas, sean activas (derechos) o pasivas (obligaciones) que, en el momento de que se trate, forman esta esfera. Según otra, patrimonio es sólo el conjunto de derechos que en ella se contienen; entendiéndose que las

---

<sup>740</sup> DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 600.

obligaciones no son *parte* (la parte pasiva) del mismo (que sólo comprende el activo), sino *carga* que lo *grava*. La anterior cuestión no tiene otro alcance que el terminológico; y lo que importa únicamente es ver si en cada caso que la ley habla de patrimonio o se refiere a él, piensa en el patrimonio *total* o sólo en el patrimonio *activo*. Decidirse por una u otra solución es problema de interpretación de la norma ante la que se esté”<sup>741</sup>.

Albaladejo establece una diferenciación entre el concepto de patrimonio y la capacidad patrimonial, cuando expresa que según una teoría, como se verá más adelante en la teoría personalista, tiene un patrimonio, ya que éste se entiende como un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, de relaciones patrimoniales, “sin duda carecerá de él quien - aunque en la práctica sea insólito- carezca por completo de obligaciones y de derechos patrimoniales. Lo que la persona tiene siempre, es capacidad patrimonial o aptitud para ser titular de relaciones patrimoniales. Mas esta capacidad no es, ella misma, el patrimonio, sino sólo un aspecto de su capacidad en general”<sup>742</sup>.

---

<sup>741</sup> ALBALADEJO, M., Derecho civil. I, Introducción y Parte General. Decimoséptima edición, Madrid: EDISOFER, 2006, página 494. (En adelante Derecho civil I).

<sup>742</sup> Ibidem, páginas 496-497.

Esto mismo es lo que ha expresado anteriormente Zachariä von Lingenthal.

Esta misma diferenciación la trae Arroyo i Amayuelas: "Así, en relación con la afirmación de que toda persona es titular de un patrimonio, la jurisprudencia ha tenido ocasión de recordar que el patrimonio y la capacidad patrimonial son cosas distintas: '[E]sta última, como uno de los atributos de la personalidad (capacidad jurídica), es permanente e invariable, y acompaña a la persona durante toda su vida como posibilidad abstracta de adquirir bienes, derechos y obligaciones, pero es independiente del contenido concreto que pueda tener en un momento determinado. Esto último lo constituye el patrimonio que tiene un contenido dinámico y puede evaluarse como situación de hecho en un momento determinado, y está sujeto a una permanente mutación, en más o menos, según adquiera el interesado derechos u obligaciones a lo largo de su vida'"<sup>743</sup>.

Castán Tobeñas formula su propia definición de patrimonio "como el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente

---

<sup>743</sup> ARROYO i AMAYUELAS, E., op. cit., página 27 nota 68, SAP Madrid, de 20 de octubre de 2003 (JUR 2004/8756).

ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona -como centro de su poder jurídico- , o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular”<sup>744</sup>. Mientras que Rocas Sastre define el patrimonio como “el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidas a un solo titular”<sup>745</sup>.

Lasarte realiza una descripción del patrimonio desde la óptica de las relaciones jurídicas. Este afirma que “el patrimonio habría de identificarse con los derechos (y, en su caso, obligaciones) que siendo evaluables económicamente o pecuniariamente apreciables pertenecen a una persona. Desde tal punto de vista, el patrimonio sería simultáneamente una universalidad de derecho’ (en cuanto el concepto deriva del propio

---

<sup>744</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., página 649; Este sigue la definición según formulada por Lehman y citada en la nota (4): “El patrimonio significa sólo un conjunto ideal de derechos (y deberes) con valor en dinero, polarizado bien en la persona de su titular (así acontece con el patrimonio en general) o en relación con un fin unitario (así en los patrimonios especiales).”. (Tratado, ed. española. T.I. página 535).

<sup>745</sup> ROCA SASTRE, R. M., El patrimonio. Revista Crítica de Derecho inmobiliario Núm. 15, Marzo 1926, 171-187, página 171.

sistema jurídico y no de la voluntad concreta de alguna persona de agrupar un conjunto de bienes) y una 'universalidad de derechos' subjetivos de contenido económico agrupados en atención al titular de todos ellos"<sup>746</sup>. Por ello es que Lasarte excluye del concepto de patrimonio cualesquiera derechos subjetivos, posiciones jurídicas, facultades, prerrogativas y otras que carezcan de contenido económico directo y concreto<sup>747</sup>. Consecuentemente los derechos subjetivos patrimoniales requieren de una significación económica concreta para que así puedan integrar el patrimonio<sup>748</sup>. Los atributos de la persona como su capacidad jurídica de la que surge la *capacidad patrimonial* de la persona para que ésta pueda llegar a ser titular de los *derechos subjetivos patrimoniales* no se consideran como parte del patrimonio<sup>749</sup>.

Para Lacruz Berdejo el patrimonio incluye los activos y pasivos de la persona. Por ello se

---

<sup>746</sup>

edición. Parte General y Derecho de la Persona. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, páginas 431-432.

<sup>747</sup> Cf. *ibidem*, página 432.

<sup>748</sup> Cf. *ibidem*, página 432.

<sup>749</sup> Cf. *ibidem*, página 432.

refiere al patrimonio de una persona como el conjunto de sus bienes y sus deudas<sup>750</sup>.

En el caso de Cossío el patrimonio lo constituye la esfera jurídica de un individuo, la cual "se halla constituida por la totalidad de los derechos de los que es titular. Dentro de esa esfera, formando un círculo más limitado, se encuentra el grupo de los derechos pecuniariamente apreciables, el patrimonio. Se habla, sin embargo, de patrimonio, en un triple sentido. Este concepto, dice Coviello, 'se puede denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona valuables (valorables) en dinero, y en este caso, no sólo el complejo de derechos, sino también el de deudas, y entonces se habla de activo y pasivo en el patrimonio; puede denotar también, únicamente, el conjunto de derechos valorables en dinero pertenecientes a una persona, esto es, patrimonio bruto; y, finalmente, el conjunto de valores que restan después de detraídas las deudas: patrimonio neto'. Estudiar el concepto de patrimonio, equivale, por tanto, a determinar las

---

<sup>750</sup> Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Séptima edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría y María Ángeles Parra Lucán. Madrid: Dykinson, 2012, página 114.



relaciones existentes entre el complejo de bienes que lo integra y la persona que lo posee”<sup>751</sup>.

De Castro y Bravo define el patrimonio desde la perspectiva técnica, lo cual supone los siguientes elementos: “a) De masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas, por su destino a un fin determinado. El patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a las que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán, en fin de cuentas las que vienen a determinar la definición del patrimonio”<sup>752</sup>. Para García Valdecasas “el patrimonio es, pues, una masa de derechos, generalmente estimables en dinero, cuyo lazo de

---

<sup>751</sup> DE COSSIO y CORRAL, A., Instituciones de Derecho Civil. Tomo I: Parte General, Obligaciones y Contratos. Segunda edición. (Revisado y puesto al día por Manuel de Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso). Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 257.

<sup>752</sup> DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 38.

unión es precisamente su pertenencia a una misma persona”<sup>753</sup>.

Es importante hacer la diferenciación de Albaladejo cuando hace incapié en el hecho que no debe confundirse el *patrimonio* con la *capacidad patrimonial*. Una persona podría no tener patrimonio, contrario a lo que afirman algunos autores sobre el concepto personalista del patrimonio, pero no pierde la capacidad patrimonial<sup>754</sup>. “Lo que la persona tiene siempre, es capacidad patrimonial o aptitud para ser titular de relaciones patrimoniales. Mas esta capacidad no es, ella misma, el patrimonio, sino sólo un aspecto de su capacidad jurídica en general”<sup>755</sup>.

Nos dice Díez Picazo y Gullón citando a Demogue “que éste no es sino el conjunto de bienes considerado como garantía de las obligaciones pecuniarias o de otra clase (en la medida que éstas tienen una sanción pecuniaria) que posee una persona”<sup>756</sup>.

---

<sup>753</sup> GARCÍA VALDECASAS, G., Parte General del Derecho Civil Español. Madrid: Editorial Civitas, 1983, página 303.

<sup>754</sup> Cf. ALBALADEJO, M., Derecho civil I, páginas 496-497.

<sup>755</sup> Ibidem, página 497.

<sup>756</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, página 386.

Díez Picazo y Gullón expresan que "no toda la doctrina está de acuerdo con la necesidad de construir una teoría del patrimonio para justificar estos fenómenos"<sup>757</sup>. Esto son los casos relacionados a la sucesión hereditaria, a la responsabilidad universal del deudor, que surgen de la propia ley y no de la noción del patrimonio<sup>758</sup>. La subrogación real no está conectada necesariamente con la noción de patrimonio<sup>759</sup>.

"A pesar de todo, las críticas a la noción de patrimonio no evitan que en determinados casos previstos por la ley haya una masa de bienes compuesta por elementos heterogéneos a los que se hace objeto de un mismo tratamiento jurídico. Su consideración como unidad no pasa desde luego a ser un modo de pensarlos, no porque la constituyan realmente, es decir, no se forma un objeto jurídico distinto e independiente de sus elementos componentes"<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> Ibidem, página 387.

<sup>758</sup> Ibidem, páginas 387-388.

<sup>759</sup> Ibidem, página 388.

<sup>760</sup> Ibidem, páginas 387-388.

El concepto de patrimonio que formulan Díez Picazo y Gullón lo expresan de la siguiente manera pueda: "por patrimonio se entiende el complejo o conjunto de relaciones jurídicas valubles (valorables) en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente"<sup>761</sup>.

En resumen se puede afirmar que el concepto del patrimonio incluye elementos<sup>762</sup> que parten de las definiciones antes expuestas.

Por un lado, se encuentra el elemento de la valorización pecuniaria<sup>763</sup>, en dinero, económica de los bienes y derechos que lo componen. Esto hay que considerarlo en su aspecto activo y pasivo, es decir, en los activos del patrimonio (en la valorización de dichos bienes y derechos) y en los pasivos (deudas, obligaciones). En esta categoría es que hablamos de los bienes patrimoniales, ya que los bienes extra-patrimoniales como serían los atributos y derechos de la personalidad, los derechos políticos y administrativos, a pesar de que de alguno de ellos generen bienes

---

<sup>761</sup> Ibidem, página 388 (negritas nuestras).

<sup>762</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J, L., Aproximación, página 595.

<sup>763</sup> Cf. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., Handbuch 1894, página 313: "Durch Zusammenfassung der dinglichen und Forderungsrechte, sowie der übrigen geldwerthen Rechte einer Person erhält man den Begriff des Vermögens dieser Person".

patrimoniales<sup>764</sup>. Los bienes y derechos patrimoniales comprenden también las deudas como se puede apreciar en la herencia (artículo 661 C.c.), de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (artículo 1911 del C.c.) y de algunas facultades que se le reconocen al acreedor (artículo 1111 del C.c.)<sup>765</sup>.

Si tomamos el caso de la herencia el Código nos dice en su artículo 659: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte". Los bienes que se extinguen con su muerte lo serían los derechos personalísimos como los derechos reales de uso y habitación y los derechos vitalicios<sup>766</sup>. Estos se transmiten de manera testada o intestada. En ambos casos tienen que haber bienes por definición. Específicamente el testamento ha de contener una disposición de bienes, ya que éste es un negocio jurídico patrimonial por definición<sup>767</sup>. El artículo 667 del Código civil define el testamento con las siguientes palabras: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte **de todos sus bienes o de parte de ellos**, se llama

---

<sup>764</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 595; Ejemplo sería el sueldo, salario o indemnización, etc.

<sup>765</sup> Cf. ibidem, página 595.

<sup>766</sup> Cf. ibidem, página 595.

<sup>767</sup> Cf. ibidem, página 595.

testamento”<sup>768</sup>. Es muy común que en el Código se hable de bienes como expresión alterna para patrimonio. En el lenguaje común como en el lenguaje legislativo se utilizan indistintamente los términos bienes o patrimonio como se puede apreciar en los artículos 338 al 345 del Código civil<sup>769</sup>.

En el ámbito del Derecho de Familia se puede encontrar la utilización del término patrimonio en los siguientes casos: patrimonio del hijo, artículo 167; patrimonio personal del cónyuge, artículo 1373; patrimonios privativos art. 1381; en el régimen de participación de las ganancias art. 1417 y siguientes. El adjetivo de *patrimonial* se utiliza en contraposición a *personalísimo* para diferenciar los bienes privativos de los bienes gananciales, art. 1346(5), como también el caso del incremento patrimonial en la explotación empresarial<sup>770</sup>.

Como se pudo apreciar en lo anteriormente expuesto, el Código civil utiliza el término de bienes y bienes patrimoniales, pero también en la

---

<sup>768</sup> Negritas nuestras.

<sup>769</sup> Bienes del Patrimonio Real, artículo 342, bienes patrimoniales artículos 343 y 344, bienes privados es igual a bienes patrimoniales artículo 345.

<sup>770</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 595.

elaboración de la teoría del patrimonio nos encontramos ante la utilización de los términos bienes y derechos como contenido del patrimonio. También se le puede añadir si además de los derechos las deudas corresponden al contenido del patrimonio.

Lo primero que tenemos que dejar claro es si los bienes o los derechos o ambos son los constitutivos del patrimonio. De los Mozos nos dice al respecto que "(en) un sentido técnico, se habla de bienes y derecho, cuando se trata del patrimonio porque la referencia es más comprensiva y evita discusiones inútiles. En sentido vulgar, se tiende a identificar bienes con las cosas, pero esta identificación es bastante incorrecta, porque los derechos que recaen sobre las cosas también son bienes y, en otro sentido, cosas y bienes son objeto de los derechos. Lo que pasa es se habla también de *derechos patrimoniales* para comprender, ..., derechos reales y derechos de crédito. Por lo que la diferente naturaleza de estos derechos, del contenido de cada uno de los mismos y de la voluntad y solvencia del deudor, dependerá su valorización económica"<sup>771</sup>.

---

<sup>771</sup> Ibidem, Aproximación, páginas 604-605.

Desde el punto de vista de los pasivos del patrimonio, es decir, de las obligaciones, nos dice De los Mozos, que se parece a las cosas futuras, como sería en las cosas de dar, ya que la prestación no se encuentra anterior a su cumplimiento en el patrimonio del deudor, pero el acreedor está facultado para hacer valer su crédito persiguiendo los bienes del deudor y tomando las medidas correspondiente, ya sean cautelares como conservativas (artículos 1121<sup>772</sup> y 1129(2)<sup>773</sup> del Código civil), las acciones revocatorias y rescisorias correspondientes (artículos 1111<sup>774</sup>, 1290<sup>775</sup> y siguientes del Código civil) que habrán de hacer efectivo su derecho<sup>776</sup>.

---

<sup>772</sup> "El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado".

<sup>773</sup> "Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:(1) Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. (2) Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. (3) Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras".

<sup>774</sup> "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho".



Se presentan dos problemas previos a la construcción de una teoría del patrimonio. Por un lado, la determinación de la formación del patrimonio por bienes o por derechos. Por otro lado, "si del patrimonio forman parte sólo los derechos o si entran en él también las obligaciones"<sup>777</sup>.

En relación a los bienes y derechos como objetos del patrimonio Díez-Picazo y Gullón, citando a De Castro expresan "'que derechos subjetivo y bienes no son elementos distintos, que, como tales, puedan excluirse entre sí, sino que son aspectos de una misma realidad jurídica'. Los bienes, dice De Castro, importan al Derecho en cuanto son bienes jurídicos patrimoniales o, lo que es lo mismo, en cuanto son objeto de un derecho subjetivo. Son bienes los que pueden ser dañados y exigirse por ello indemnización. Y los bienes constituyen también materia de embargo y ejecución y es lo suficiente o insuficiente de su

---

<sup>775</sup> "Las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquéllos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera".

<sup>776</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 605.

<sup>777</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, páginas 388-389.

valor lo que determina la solvencia o insolvencia patrimonial. Nosotros entendemos que el objeto inmediato incorporado al patrimonio son los derechos, pero que, referidos éstos directamente a bienes, no hay especial inconveniente en considerar a los bienes como objetos patrimoniales”<sup>778</sup>.

En relación a si las deudas u obligaciones del titular del patrimonio forman o no parte constitutiva del mismo, entienden que están dentro del mismo, debido a que los bienes del patrimonio responden del cumplimiento de éstas conforme al art. 1.911<sup>779</sup>. Estas son su elemento pasivo. “Bienes y derechos constituyen el activo patrimonial y las deudas y obligaciones el pasivo. Bienes y deudas, como un todo, determinan el estado general del patrimonio y su juego permite la idea de solvencia o capacidad patrimonial del titular”<sup>780</sup>.

Es importante señalar y diferenciar que como expresan Díez-Picazo y Gullón citando a Ferrara: “la totalidad de los derechos que pertenecen a un sujeto forma la esfera jurídica de éste. En la esfera jurídica se comprenden todos los derechos

---

<sup>778</sup> Ibidem, página 388 (subrayado nuestro).

<sup>779</sup> Ibidem, página 389.

<sup>780</sup> Ibidem, página 389.

y, por consiguiente, los derechos de cualquier tipo que sean. Así, derechos de naturaleza personal, derechos de familia, o derechos de carácter público. La esfera jurídica la forma la totalidad del poder jurídico que al sujeto le es reconocido del derecho objetivo. Dentro de la esfera jurídica aparece como un círculo más restringido el grupo o conjunto de los derechos que poseen valor pecuniario. A este grupo se le llama patrimonio y es, por tanto, una parte de la esfera jurídica del sujeto". La valoración económica se remitirá al valor de cambio, al valor de renta y al valor de uso de los bienes comprendidos en el patrimonio"<sup>781</sup>.

Por otro lado, la relación jurídica de los bienes y derechos a una persona, natural o jurídica, que sería su titular, pero también podrían no estar en relación con un titular sino con un destino, finalidad. Ya sea el titular o el destino son los que le imparten su unidad.

Según Lacruz Berdejo el patrimonio siempre es de alguien, ya que requiere de un titular tanto actual (como el deudor, la pareja de cónyuges) como del pasado (en el caso de la herencia yacente, el causante) quien sea el que le otorgue

---

<sup>781</sup> Ibidem, página 389.

unidad a las titularidades de los bienes o derechos que componen el patrimonio y de las deudas que lo grava<sup>782</sup>.

Finalmente, el patrimonio es una denominación de una colectividad de bienes, es la agregación de bienes, una pluralidad<sup>783</sup>. El patrimonio no es un concepto ontológico, sino que un concepto de referencia que nos ayuda a entender las relaciones jurídicas<sup>784</sup>. Por lo que no es objeto del Derecho subjetivo, no es objeto del tráfico jurídico como conjunto<sup>785</sup>, sino que lo son los bienes y derechos que lo componen. Por eso se da la subrogación de estos en el patrimonio. Por ello, por su importancia para la seguridad del tráfico jurídico "una buena delimitación de los patrimonios, queda sustraída a la autonomía de la voluntad, especialmente por lo que se refiere a su creación, transmisión, separación, reunión y disolución de patrimonios"<sup>786</sup>.

En esa misma línea Gómez Pérez sintetiza los elementos esenciales de la noción de patrimonio

---

<sup>782</sup> Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil, Volumen Tercero, El Derecho subjetivo. Barcelona: Librería Bosch, 1984, página 71; seguidp por DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, página 599.

<sup>783</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, 596.

<sup>784</sup> Cf. ibidem, 596.

<sup>785</sup> Cf. ibidem, 597.

<sup>786</sup> Ibidem, 597.

como: "Conjunto unitario de bienes y derechos, susceptibles de una valoración económica, sujetos a un régimen de responsabilidad y subrogación específica"<sup>787</sup>. "Por lo tanto, el patrimonio puede ser definido como epicentro organizado de bienes, derechos y pasivos, sujetos a una valoración económica, y que forman una unidad para su gestión, tratamiento y responsabilidad"<sup>788</sup>.

#### **5.1.4 Caracteres del patrimonio**

Esto nos lleva a los caracteres o las notas típicas del patrimonio. Para estos autores el patrimonio presenta cinco caracteres: legalidad, instrumentalidad, autonomía, unidad, subrogación real e intransmisibilidad<sup>789</sup>.

La **legalidad** como carácter del patrimonio, tiene su base en que éste es una creación del Derecho objetivo. "Es él quien únicamente autoriza en ciertos casos a considerar unitariamente un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas, lo que alcanzara especial

---

<sup>787</sup> GÓMEZ PÉREZ, A. C., Revisión de las principales doctrina civilistas que impiden la incorporación del trust en España. Revista de Derecho Inmobiliario, Núm. 740, página 3765.

<sup>788</sup> Ibidem, página 3766.

<sup>789</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, páginas 391-392.

relieve cuando ese conjunto aparezca independizado del patrimonio personal. Dentro de este último patrimonio **no** cabe la creación por voluntad de su titular de otros varios y distintos con relevancia jurídica”<sup>790</sup>.

De Castro y Bravo afirma que los patrimonios surgen *ex lege* por razón de la seguridad jurídica y esto, entonces, trae como consecuencia la exclusión la autonomía de la voluntad en relación a su constitución, transmisión, separación, reunión y disolución<sup>791</sup>. También, por ende, los patrimonios están sometidos a la regulación imperativa de las leyes y trayendo como consecuencia su invalidez si se constituyesen fuera del orden legal<sup>792</sup>. Este mismo autor admite que lo anterior ha sido puesto en duda al señalarse casos en donde las leyes permiten la transmisión o gravamen, *ex voluntate*, de un patrimonio<sup>793</sup>. Tales son los casos del artículo 634 del Código civil el cual permite la donación de todos los bienes presentes siempre y cuando el donante “se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”. Esto lo

---

<sup>790</sup> Ibidem, página 391.

<sup>791</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., *Temas*, página 40.

<sup>792</sup> Cf. *ibidem*, página 40.

<sup>793</sup> Cf. *ibidem*, página 40.

podemos reforzar mediante los artículos 640, 641 y 643 del Código civil en relación a las donaciones con ciertas condiciones. Entendemos que mediante los citados artículos existe una pequeña posibilidad para la creación de patrimonios que se constituyan pariendo de la autonomía de la voluntad, aunque con limitaciones como la presunción en fraude de acreedores expresada en el último párrafo del artículo 643.

“La **instrumentalidad** está en función de la consecución de determinados fines. Esto trae consigo el hecho que surjan diferentes tipos de patrimonios. Más adelante se discutirán las clases de patrimonios.

La **autonomía** del patrimonio consiste en “su independencia en el orden específico de la responsabilidad por deudas, y significa la exclusión de posibles interferencias en este orden de un patrimonio respecto de otros”. La autonomía puede ser tanto total como imperfecta o de segundo grado. En este segundo supuesto cuando las deudas de un patrimonio pueden hacerse efectivas sobre otro.

La **unidad** del patrimonio se entiende "como una unidad ideal, una *universitas iuris*, un modo lógico (porque no tiene la *universitas* realidad sustancial, ontológica) de aprehender la pluralidad de relaciones activas y pasivas. En tal sentido es distinto de los elementos que lo componen"<sup>794</sup>.

"Por ello posee el patrimonio una *identidad* sustancial, cualquiera que fuere en un momento determinado los bienes que en él se hallen, lo que explica que el artículo 1.911 del Cc. diga que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. La garantía de los acreedores es el *patrimonio* de su deudor, no este o aquel bien que en el momento de contraerla deuda esté allí (o en el momento de hacerla efectiva por la vía judicial). Claro está que, como consecuencia del carácter ideal de la unificación, los acreedores no se dirigirán contra el patrimonio, sino contra los singulares y concretos bienes que en él encuentren.

La unidad ideal fundamenta también la posibilidad de la subrogación real en los elementos patrimoniales. Todos éstos son

---

<sup>794</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, páginas 391.



fungibles dentro de un mismo patrimonio, porque se reducen a la idea común de valor. De ahí que la salida de un bien por su venta, por ejemplo, opere una sustitución inmediata de ese bien por el precio recibido o por la acción para exigirlo, sin que se afecte al patrimonio en sí mismo considerado”<sup>795</sup>.

“La subrogación real opera en realidad cuando efectivamente hay una sustitución de un bien concreto por otro concreto, lo mismo cuando con el bien subrogado se adquiere otro (así, el representante del ausente que vende una finca de su patrimonio, y con el precio adquiere una casa). En cambio, es dudoso el empleo del concepto de subrogación real cuando la cosa se sustituye por dinero si no queda individualizado, porque puede confundirse en otro patrimonio, consumirse o perderse. Más bien, lo que existirá será un derecho de crédito dirigido a obtener en su momento aquel importe”<sup>796</sup>.

La **intransmisibilidad** del patrimonio consiste en que éste como tal no puede ser transmitido. Sí se pueden transmitir los bienes que lo componen, pero nunca éste. Ha y que ver que la

---

<sup>795</sup> Ibidem, página 391.

<sup>796</sup> Ibidem, página 393.

intransmisibilidad desde la perspectiva *inter vivos* y *mortis causa*. "Por lo general, la intransmisibilidad *inter vivos* no ha presentado problemas, pero se discute doctrinalmente si hay o no intransmisibilidad *mortis causa*. La respuesta debe ser negativa. El patrimonio en última instancia es absorbido por otro o es liquidado (cuando se mantiene separado del personal del heredero con objeto de pagar a los acreedores, p.ej., del causante). De otra manera, habría que aceptar que una persona tiene tantos patrimonios como herencias haya recibido"<sup>797</sup>.

#### **5.1.5 Funciones del patrimonio**

De los Mozos resume las funciones del patrimonio en cinco categorías: Para la protección de la esfera individual del titular del patrimonio; para cumplir con los deberes de conservación del patrimonio; para los poderes especiales de los acreedores del titular del patrimonio; para la ordenación del contenido del patrimonio y para la configuración de patrimonios separados y autónomos<sup>798</sup>.

Díez-Picazo y Gullón parten de los problemas prácticos del concepto de patrimonio para poder

---

<sup>797</sup> Ibidem, páginas 391-392.

<sup>798</sup> Cf. DE LOS MOZOS, J. L., Aproximación, páginas 605-606.

explicar su concepto<sup>799</sup>. Siguiendo a Planiol y Ripert para concretar la utilidad del concepto de patrimonio intentaron una enumeración de sus funciones: Por un lado, explicar cómo a la muerte de su titular un conjunto de bienes heterogéneos se transmite unitariamente a los herederos en el estado en que se encuentre"; por otro lado, "explicar el derecho de garantía general sobre el patrimonio del deudor que incumbe a los acreedores (cf. art. 1.911 Código civil español) y" finalmente, "hacer posible la llamada subrogación real respecto de las cosas concretas cuando un conjunto de bienes sea total o parcialmente objeto de una demanda".

Según Díez-Picazo y Gullón en la segunda de las funciones es que se encuentra el verdadero nervio jurídico de la teoría del patrimonio. "Efectivamente, esas tres señaladas funciones parecen muy claras: Ante todo, la idea de patrimonio como un presupuesto de la idea de herencia. No es que el patrimonio se transmita a los herederos. El patrimonio se transforma en herencia y sólo la herencia le es transmitida. Sin embargo, el concepto de herencia presupone necesariamente la idea de patrimonio. En este sentido parece básico el artículo 696 (Cc Español): 'La herencia comprende todos los bienes,

---

<sup>799</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, páginas 386-387.

derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte'; hay una unidad que se transmite al heredero.

La idea de patrimonio es necesaria para perfilar lo que nosotros llamamos el soporte objetivo de la responsabilidad de un deudor. No creemos que a los acreedores incumba un derecho de garantía como el de prenda sobre el patrimonio del deudor, pero el patrimonio constituye la base de su responsabilidad (cfr. art. 1.911). Y, en este sentido, es, por una parte el posible objeto del poder de agresión de aquéllos por la vía del embargo o de la ejecución de los bienes que lo componen y, por otra, existe una serie de medidas de control para impedir la preparación o la consumación de una insolvencia. El precepto básico es el artículo 1.911 del Cc., según el cual 'del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros'. Cuando el deudor deviene insolvente es objeto de una ejecución universal (concurso, quiebra) y el conjunto de bienes es objeto de una especial administración o liquidación en beneficio de todos los interesados.

La idea global y unitaria de patrimonio tiende a posibilitar la subrogación real cuando un

conjunto de bienes es objeto de una demanda o de una obligación de restitución. La subrogación real supone la sustitución dentro del conjunto de bienes considerados en abstracto como una unidad de unos concretos bienes por otros, existiendo una conexión jurídica entre la salida y la entrada (p.ej., el precio que se recibe por la enajenación; la indemnización que se cobra del seguro por su destrucción)"<sup>800</sup>.

Estos autores añaden otras dos funciones importantes al concepto de patrimonio.

"En primer lugar, hay muchas veces que justificar, y al mismo tiempo delimitar, los especiales poderes de gestión, administración y disposición que, en concretas circunstancias, pueden atribuirse a una persona respecto de bienes de ella misma, de bienes de otra o de bienes comunes. Así, v. gr., el patrimonio del que es sometido a una ejecución colectiva por todos sus acreedores; la administración de los representantes legales (p. ej., el tutor sobre los bienes del incapacitado o del menor no sometido a patria potestad), la suerte de los diferentes grupos de bienes pertenecientes a los cónyuges (privativos, gananciales, etc.).

---

<sup>800</sup> Ibidem, páginas 386-387.

En segundo lugar, hay que justificar el fenómeno, que es sin duda excepcional pero que bajo ciertas condiciones admite el Derecho positivo, de grupos de bienes, pertenecientes a una misma persona, pueden ser objeto de diferentes ámbitos de responsabilidad, de manera que una deuda sólo puede ser efectiva sobre unos bienes y otras sobre otros. Éste es, por ejemplo, el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, que, según el artículo 1.023, no se confunde para ningún efecto en daño del heredero con los bienes particulares que pertenezcan a éste, produciéndose además estas consecuencias: que el heredero sólo queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de la misma; y que conserva contra el caudal hereditario (que en puridad es suyo) todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto”<sup>801</sup>.

## **5.2 Clasificación de los patrimonios**

Para efectos de la presente investigación es importante hacer una presentación de la tipología de los patrimonios expuestas en la doctrina, para de esta manera relacionarla con la figura jurídica del *trust*. En general se habla del patrimonio

---

<sup>801</sup> Ibidem, página 387.

general de la persona o patrimonio personal y los patrimonios especiales. Otros autores como Díez-Picazo y Gullón presentan una tipología de los patrimonios en la que identifican cuatro tipos de patrimonios: el patrimonio personal o general de la persona, el patrimonio separado, el patrimonio colectivo y los patrimonios en situación excepcional o interina<sup>802</sup>.

#### **5.2.1.1 Patrimonio personal general**

El **patrimonio personal** "(s)e caracteriza no sólo por su atribución a una persona, física o jurídica, sino también, por su función de servicio respecto de los fines de la persona. Posee claramente fuerza expansiva y generalidad para comprender o englobar la totalidad de las relaciones jurídico-económicas de las personas que no estén sometidas a un régimen jurídico especial"<sup>803</sup>.

#### **5.2.1.2 Patrimonios especiales**

Bajo esta categoría de patrimonio vamos a incluir los patrimonios bajo el mismo titular del patrimonio personal o general, pero que se encuentran bajo un régimen especial por razones de colectividad, destino o separación por afectación.

---

<sup>802</sup> Cf. ibidem, página 393-394.

<sup>803</sup> Ibidem, página 393.

No vamos a tratar aquí el tema de los patrimonios sin titular como un tema específico aunque tenga tangencias con los patrimonios discutidos.

En ese sentido Gómez Pérez resume las características de los patrimonios separados, de los cuales entendemos se aplican a los que denominamos patrimonios especiales como: "estas masas se presentan como una entidad independiente de cualquier otro conjunto, ostentan un régimen diferenciado de responsabilidad respecto al patrimonio personal y una completa incomunicabilidad con las obligaciones de éste. Además, requieren por lo general de la intervención de unas reglas concretas de gestión y control (realizar un inventario -arts. 1010-1034 del CC, art. 75 LC, art. 3.3 de la Ley 41/2003, prestar una caución, art. 791 del CC-, representación en los procesos judiciales -arts. 5,6,7 y 798 de la LEC-, rendir cuentas -art. 799 de la LEC-) y su administración corresponde a veces a su titular (por ejemplo, **heredero fiduciario**) o a veces a otro sujeto (por ejemplo, administrador concursal o societario)"<sup>804</sup>.

---

<sup>804</sup> GÓMEZ PÉREZ, A. C., Revisión de las principales doctrina civilistas que impiden la incorporación del trust en España, páginas 3766-3767.



#### **5.2.1.2.1 Patrimonios colectivos**

Los **patrimonios colectivos** son "aquellos que pertenecen a una colectividad o pluralidad de personas, cuya unión o asociación no se personifica especialmente, es decir, no da lugar a una persona jurídica independiente de sus componentes. Su característica fundamental estriba en la titularidad y viene dada por la concurrencia de más de una persona en la misma"<sup>805</sup>.

#### **5.2.1.2.2 Patrimonios de destino**

Los **patrimonios en situación excepcional o interina, de destino** surgen cuando "una masa de bienes y derechos se unifica en atención a un destino que parece llamado a agotarse pronto o en razón a una situación anormal que ha de desaparecer. (...) Generalmente la excepcionalidad o interinidad se produce porque todavía **no** es conocido el titular definitivo. Son así patrimonios en espera de una definitiva concreción de titularidad y por ello en un estado de pendencia. Por esta razón aparecen como distintos de todos los anteriores, porque no hay titularidad colectiva de nadie, ni tampoco verdadera titularidad personal de nadie. Se trata sobre todo de impedir la disgregación y de mantener la unidad, para su gestión y administración y para el

---

<sup>805</sup> Ibidem, página 394.

favorecimiento de los intereses del titular definitivo”<sup>806</sup>.

Ejemplos de lo anterior son: el patrimonio del ausente durante la ausencia legal, la herencia pendiente de aceptación y las herencias sometidas a algún tipo de condición en orden a la determinación de su titular definitivo, etc.<sup>807</sup>

En esta misma clasificación Puig Brutau habla de **patrimonios de destino**. “Los patrimonios calificados de destino, en situación provisional o con titular interino son los que la ley mantiene como una unidad autónoma por carecer temporalmente de titular, bajo una administración provisional, mientras se aguarda al titular definitivo”. Ejemplos de ello son “los bienes dejados a un concebido y no nacido (arts. 29 y 965 C.c.), el caso de la declaración judicial de ausencia (arts. 184 y ss. C.c.) y la herencia yacente (art. 99 de la Compilación catalana)”<sup>808</sup>.

---

<sup>806</sup> Ibidem, página 394.

<sup>807</sup> Ibidem, página 394.

<sup>808</sup> PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil. Vol. I Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1987, página 320. (En adelante Compendio I).

### **5.2.1.2.3 Patrimonio separado, autónomo, de afectación**

Los **patrimonios separados** "(p)resentan un carácter excepcional, por lo que la figura del patrimonio separado se encuentra marcada por un principio de legalidad. Únicamente el Derecho objetivo autoriza en ciertos casos a considerar unitariamente un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas independientes del patrimonio general. No cabe su creación por voluntad del titular, ni unilateralmente, ni tampoco por convenio o por negocio jurídico realizado con otras personas. (...) Sólo hay una separación de patrimonios cuando excepcionalmente el ordenamiento jurídico los crea"<sup>809</sup>. Esta posición es seguida por la mayoría de la doctrina pero más adelante veremos cómo pueden existir algunas excepciones a esta regla general.

"Se ha discutido cuál es el fundamento de la separación. (...) La razón de la separación puede venir impuesta por regímenes especiales de responsabilidad, pero también en atención a formas especiales de gestión y administración o a la presencia de intereses diferentes de los del titular"<sup>810</sup>.

---

<sup>809</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema I, página 393.

<sup>810</sup> Ibidem, página 394.

Bajo la clasificación de patrimonios separados menciona los siguientes supuesto bajo este régimen jurídico especial: la herencia aceptada a beneficio de inventario (artículos 1.023, 1.026 y 1.192-2 C.c.); la separación de los bienes hereditarios en interés de los acreedores de la herencia y de los legatarios (art. 264 de la compilación catalana y la Ley 319 de la Compilación de Navarra); los bienes que tengan el carácter de reserva binupcial (arts. 968-980 del C.c.) o de reserva lineal (art. 811) y todos los supuestos de herencia en administración; los bienes fideicomitidos que una persona, el fiduciario, adquiere para que, manteniéndolos separados, puedan ser adquiridos en su momento por el fideicomisario (art. 781 y ss. del C.c. y arts. 162 y ss. de la Compilación catalana); el patrimonio del ausente (arts. 184 y ss. del C.c.); los bienes del declarado fallecido, de los que no podrán dispones a título gratuito los herederos hasta cinco años después de dicha declaración (art. 196 C.c.); los bienes de las personas sometidas a tutela, que han de ser inventariados por el tutor (art. 262 C.c.); los bienes atribuidos a título gratuito a un menor o incapacitado por alguien que haya establecido

reglas para su administración (art. 227 C.c); entre otros<sup>811</sup>.

De Castro y Bravo señala que el patrimonio separado tiene unos caracteres propios que se dan cuando ocurren circunstancias anómalas en relación al patrimonio personal<sup>812</sup>. Estas circunstancias anómalas están tipificadas en la ley. Por ello es que dicho autor apoya la posición de que el poder de la autonomía de la voluntad está fuera de la creación de nuevos tipos de patrimonios separados por lo que nos encontramos en el ordenamiento jurídico español ante una lista de *numerus clausus* para los patrimonios separados<sup>813</sup>. Como consecuencia de ello, sólo serían válidos los patrimonios separados tipificados por la ley. Es decir, que correspondan a la tipicidad legal.

Aunque esta es la posición preponderante en el ordenamiento jurídico español, ha de tomarse en cuenta que para la creación de patrimonios afectos a un fin, si se quisieran crear mediante actos *inter vivos*, se encuentra solamente la figura

---

<sup>811</sup> Cf. Puig Brutau, Compendio I. página 320.

<sup>812</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., *Temas*, página 58.

<sup>813</sup> Cf. *ibidem*, *Temas*, página 58.

jurídica de la fundación<sup>814</sup>. Pero si se interpretan en contexto los artículos 641 sobre la donación y el artículo 643 párrafo segundo se permite construir un verdadero 'fideicomiso contractual'<sup>815</sup>.

Continúa De Castro y Bravo describiendo al patrimonio separado como uno que debe quedar bien delimitado del personal o general por razón de exigencia o conveniencia del inventario<sup>816</sup>. Al igual que el patrimonio personal el patrimonio separado goza de subrogación real. Como se explicó anteriormente, el bien que sale del patrimonio por motivo de disposición deja un espacio a ser ocupado por el bien que entre al patrimonio conforme al principio de *res succedit in loco prettii et pretium in loco rei*. Además, en los casos de exclusión de confusión de obligaciones o consolidación de derechos reales no aplicara entre ambos patrimonios. Es decir tiene vida propia e autónoma, aunque pertenecen al mismo titular dominical<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> Cf. *ibidem*, Temas, página 60 y siguientes.

<sup>815</sup> Cf. PARDO NÚÑEZ, C., Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del trust. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 697, página 1911, nota al calce 4, citando a García Goyena, Concordancias, motivos y comentarios, II (1852), página 303.

<sup>816</sup> Cf. DE CASTRO y BRAVO, F., Temas, página 58.

<sup>817</sup> Cf. *ibidem*, página 58.

Para los patrimonios separados de afectación, Gómez Pérez, entiende que el destino es quien le confiere la unidad y, además, es también el destino lo que le atribuye determinadas consecuencias jurídicas<sup>818</sup>. "Esa afectación requiere del reconocimiento de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento. Actúa independiente del patrimonio general de la persona, con una vida jurídica propia y un régimen de responsabilidad diferenciado, que sólo atiende a sus obligaciones concretas"<sup>819</sup>. Las características principales de dichos patrimonios separados de afectación se pueden sintetizar según Gómez Pérez, en los siguientes puntos: "-La exigencia de una delimitación de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio separado; - Una separación respecto de cualquier otro patrimonio. Lo que en ocasiones significa que en un mismo titular se encuentren varios conjuntos de patrimonios que son independientes entre sí.

- Su adscripción a un fin que sirve para darle unidad a la masa, lo que puede ser vía *ex lege* o *ex contratus*. En esta característica adquieren primacía las reglas relativas a la subrogación real. El patrimonio no puede considerarse como un objeto a efectos de su enajenación conjunta, pero

---

<sup>818</sup> GÓMEZ PÉREZ, A. C., Revisión de las principales doctrina civilistas que impiden la incorporación del trust en España, página 3767.

<sup>819</sup> Ibidem, 3767.

los bienes singulares que lo componen sí lo son. En otras palabras, gracias a la operación de subrogación real está protegida la identidad de las cosas que forman parte la masa.

- Está sometido a unas medidas particulares de administración y conservación. Esta condición se justifica en la independencia de su titularidad, lo que requiere de unas reglas de control sobre las acciones que puedan afectar su integridad. 5. Se rige por normas que ofrecen publicidad en cuanto a las condiciones del patrimonio y su fin. Este principio es necesario para la protección de los terceros que se relacionan con la masa. Es evidente que para cumplir con este propósito, se necesita que se acredite mediante acto documentado —por lo general susceptible de inscripción (Nota 22: De acuerdo a los artículos 1278 y 1285 del Código Civil y el artículo 3 LH.) la fecha que señalará el inicio de la responsabilidad independiente. Este motivo lleva a Bosh Carrera a plantear que para evitar el fraude de acreedores, es necesario que en su constitución se *«requiera habitualmente de una triple garantía: escritura pública o sentencia judicial, inscripción en un Registro no administrativo —si es el caso— e inscripción en el Registro Administrativo a los efectos de supervisión y control* (Nota 23: Véase, Bosh Carrera, Antonio, *La admisión a nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el*



trust y los fideicomisos), Madrid, Bosch, 2007, pág. 595.). – A pesar de que múltiples legislaciones se expresan en términos de patrimonios separados adscritos a un fin, no existe un tratamiento homogéneo para la figura”<sup>820</sup>.

La misma autora entiende que existen variantes a estas características principales entre las cuales se encuentran las siguientes: “(...) – El **patrimonio fiduciario** como una entidad económica independiente de su constituyente, destinada a un fin y sin personalidad jurídica propia. **En el Derecho español no está regulado, aunque una figura similar es el fideicomiso (art. 781 y sigs. del CC)**. (...) – Los fondos (de inversión, pensión y titulización), en los que el conjunto formado por las participaciones forman un todo independiente administrado profesionalmente por una entidad financiera. – Los bienes y derechos separados para la constitución de una fundación o una sociedad. Hasta el momento en que se transforme en una persona jurídica, la masa patrimonial está afecta a una finalidad (art. 11 LF y arts. 15 y 16 de Ley de Sociedades Anónimas – en adelante LSA-31). (...)”<sup>821</sup>.

---

<sup>820</sup> Ibidem, páginas 3767-3768.

<sup>821</sup> Ibidem, páginas 3768-3769. Subrayado y negritas nuestro.

### **5.3 Relación del patrimonio con el *trust***

La idea de que el *trust* tenga como propietario al trustee no es un impedimento en el derecho español. Lo que es conflictivo es el tema de que sea un patrimonio separado, autónomo, afectado del fiduciario, para que de esta manera no lo puedan alcanzar los acreedores del fiduciario. Se entiende que esto no es problemático si salvamos la idea de que sí se permiten los patrimonios separados en el ordenamiento jurídico español, viendo algunos casos que permite la ley como ocurre por ejemplo en las sustituciones fideicomisarias. Lo que resulta problemático sería el hecho de que se pueda crear este patrimonio separado mediante la autonomía de la voluntad.

Lo otro que hay que salvar es el hecho de que mediante la transmisión del derecho de propiedad del constituyente al fiduciario se puedan estar evadiendo responsabilidades ante los acreedores, lesionando así el principio de responsabilidad patrimonial universal. Esto se puede salvar mediante la limitación de que los bienes transmitidos antes y después de la aparición de las deudas.

Mateo y Villa en su artículo sobre la fiducia de gestión, se plantea la interrogante que bien podría usarse para la figura jurídica del trust de si el hecho de la transmisión del dominio de bien o bienes del fiduciante o fideicomisario al fiduciario constituyen una forma de desdoblamiento de la propiedad como lo es típico en el trust de los países de *common law*<sup>822</sup>. El afirma que para el caso de la fiducia de gestión no es así. Lo que importa entonces son los fundamentos para esta afirmación.

Conforme a nuestro sistema causalista según la doctrina prevaleciente la administración de un bien no puede justificar la transmisión del dominio del mismo bien, por lo "que la administración de un bien no es causa para la transmisión dominical del mismo"<sup>823</sup>. Para poder presentar fundamentos que contradigan esa posición, se presenta la figura de la *fiducia cum amico*, que se discutió en un capítulo anterior.

---

<sup>822</sup> MATEO y VILLA, I., De la fiducia gestión. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 704, página 2632.

<sup>823</sup> Ibidem, página 2632.

Mateo y Villa afirma que en "la *fiducia cum amico*, no existe ningún precepto similar al artículo 1.859 del Código Civil, en relación a la *fiducia cum creditore*, la cual constituya impedimento alguno para que las partes contratantes puedan acordar la transmisión del dominio de los bienes del fideicomisario al fiduciario<sup>824</sup>. Por lo tanto, la inexistencia de una norma legal de derecho público que impida o prohíba a las partes transmitir el dominio, cuando las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que paran de su libre voluntad conforme al artículo 1255 del Código civil, no hay razón por la que se pueda declarar la administración de un bien no sea causa suficiente y adecuada para la transmisión del dominio del bien al administrador y fiduciario de éste<sup>825</sup>.

Si hacemos una lectura minuciosa de los artículos 1274 y siguientes del Código civil que tratan sobre la causa en los contratos, encontraremos que éstos permiten el espacio para incardinar en ellos una transmisión de la propiedad en la cual el fideicomisario o "fiduciante pierda dicha titularidad a favor del fiduciario y éste se vea obligado a gestionar el patrimonio única y exclusivamente al fin propuesto

---

<sup>824</sup> Ibidem, página 2633.

<sup>825</sup> Cf. ibidem, página 2633.

y de acuerdo con los pactos de las partes”<sup>826</sup>. Los ordenamientos jurídicos europeos que han adaptado la figura jurídica del trust han aceptado la validez de la *causa fiduciae* como causa transmisora de la propiedad<sup>827</sup>.

#### **5.4 El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor**

La principal objeción a la admisión de alguna forma o modalidad de *trust* en los ordenamientos jurídico civilista incluyendo el español es la posibilidad de hacer inaccesible los bienes del deudor a los acreedores por lo que se piensa que toma la figura jurídica del trust como un mecanismo de defraudar a los acreedores del constituyente del trust. Ante esas objeciones se pueden esgrimir los siguientes argumentos.

El artículo 1911 del Código civil es la expresión normativa del mencionado principio: “*del cumplimiento de sus obligaciones responde el*

---

<sup>826</sup> Ibidem, página 2634.

<sup>827</sup> Cf. ibidem, página 2634; citando a Martín Santisteban, «El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del "civil law", en The Global Law Collection, Legal Studies Series, Thomson-Aranzadi, 2005, páginas 80-85.

*deudor con todos sus bienes presentes y futuros*". Desde la perspectiva de dicho artículo Mateo y Villa ha formulado dos oposiciones fundamentales a las cuales expone su contradicción.

La primera objeción consiste en la *"posibilidad de que el fiduciante constituya un **patrimonio fiduciario** con todos sus bienes para evitar que futuros deudores tengan un patrimonio sobre el que ejecutar"*<sup>828</sup>. Ante esta objeción nos encontramos con las donaciones o transmisiones a título gratuito como es el caso del artículo 643 del Código civil el cual expresa *"no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella"*. Este artículo es realmente significativo para nuestra temática, ya que parte de los supuestos de hecho que si la donación se hizo en fraude de acreedores, entonces responderá el donatario y sólo en el supuesto de no haber un acuerdo entre las partes. Es decir, las partes podrían acordar lo contrario. Para que la donación se haya hecho en fraude de acreedores, ha de haberse hecho

---

<sup>828</sup> Ibidem, página 2634.

después de contraída la deuda, ya que antes no hay acreedores. "No puede, por tanto, sostenerse la existencia de fraude por parte del fiduciante por el mero hecho de que éste transmita todos sus bienes antes de haber contraído deuda alguna dado que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros pero no con los pasados"<sup>829</sup>.

La segunda objeción gira en torno a la "posibilidad de que el fiduciario sea el titular de dos patrimonios distintos, el personal y el fiduciario, y que cada uno de éstos tenga un centro distinto de imputación de responsabilidad"<sup>830</sup>. La doctrina ha planteado la imputabilidad de las deudas a todos los patrimonios del deudor, independientemente del ámbito de relaciones jurídicas si es de uno u otro patrimonio del titular<sup>831</sup>. Contrario a esto Mateo y Villa plantea "que una persona sea a la vez titular de diversos patrimonios, cada uno de los cuales sólo deberá responder de un determinado tipo de deudas"<sup>832</sup>.

La consecuencia de ello sería que mediante la separación de los patrimonios uno personal y otro

---

<sup>829</sup> Ibidem, página 2635.

<sup>830</sup> Ibidem, página 2635.

<sup>831</sup> Cf. ibidem, página 2635.

<sup>832</sup> Ibidem, página 2635.

patrimonio fiduciario, separado de afectación, se constituiría cada patrimonio como diferentes centros de imputación de ingresos, gastos y por ende de las deudas correspondientes<sup>833</sup>. Pero esto no estaría lesionando el artículo 1911 del Código civil, expresión del principio de responsabilidad patrimonial universal? La respuesta es en la negativa, ya que cada patrimonio sería la fuente de repago de las deudas de cada uno como lo serían los ingresos y gastos. "La aceptación de un doble patrimonio con una sola titularidad -la del fiduciario- permite la existencia de dos órdenes distintos para la prelación de los créditos, dependiendo de que éstos sean personales o fiduciarios. ¿Vulnera esta configuración del patrimonio de una persona el principio de la a) *par conditio creditorum*, o el de b) responsabilidad patrimonial universal del deudor? En ambos casos la respuesta, entendemos, debe ser negativa"<sup>834</sup>. En el primer caso la igualdad de los acreedores se basa en la igualdad de los patrimonios. "Por tanto, los acreedores que lo sean en virtud de deudas fiduciarias tendrán que establecer la preferencia para el cobro de sus créditos respecto del patrimonio fiduciario sin incluir bienes pertenecientes al patrimonio personal del fiduciario-deudor"<sup>835</sup>.

---

<sup>833</sup> Cf. *ibidem*, página 2635.

<sup>834</sup> *Ibidem*, página 2636.

<sup>835</sup> *Ibidem*, página 2636.



En relación al principio de la responsabilidad patrimonial universal, habría que determinar la pertenencia de los bienes al correspondiente patrimonio, personal o fiduciario, para entonces imputar las deudas correspondientemente<sup>836</sup>.

Después de exponer las diferentes teorías sobre los patrimonios y de los diferentes tipos de patrimonios y de su forma de constitución con el énfasis en la los patrimonios separados, autónomos y de afectación, tenemos que ver la posibilidad de la creación de nuevos derechos reales partiendo de la autonomía de la voluntad.

---

<sup>836</sup> Cf. *ibidem*, página 2637.

## Capítulo 6: La teoría de los *numerus apertus* de los derechos reales y la autonomía de la voluntad

### 6.1 La teoría de los *numerus apertus* v. *numerus clausus* en el derecho español

#### 6.1.1 El sistema de *numerus clausus*

La teoría de los *numerus clausus* postula que los particulares están impedidos de crear nuevos derechos reales, es decir, crear derechos reales atípicos. Los derechos reales en el ordenamiento jurídicos son sólo aquellos tipificados por la ley<sup>837</sup>.

Según Diez Picazo<sup>838</sup>, en el sistema de *numerus clausus*, los derechos reales constituyen tipos cerrados y necesarios en su configuración (*Typenzwang*), por lo que consecuentemente los particulares, solamente pueden configurar derechos reales tipificado o típicos dados en el ordenamiento jurídico. "Se funda esta línea en la

---

<sup>837</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA, A., Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, página 515.

<sup>838</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Autonomía privada y derechos reales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 513, Marzo - Abril 1976, página 273. (En adelante Autonomía privada).

idea de que la constitución de derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado y que, por consiguiente, pueda dejarse a merced del arbitrio de los particulares. Afecta a los intereses de los terceros (posibles adquirentes, personas de cualquier modo relacionadas con los bienes, etc.) y, por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público”<sup>839</sup>.

El sistema de *números clausus* impera en los ordenamientos jurídicos de Alemania (BGB), Austria (ABGB) y Suiza, mediante expresión al respecto en sus correspondientes Códigos Civiles<sup>840</sup>. En los casos de Italia la doctrina científica sostiene la teoría mediante interpretación del Código Civil italiano de 1942 y en el caso de la interpretación del Código Civil francés la doctrina científica está en discusión<sup>841</sup>.

En el caso de España una parte de la doctrina científica sostiene la teoría de los *numerus clausus* unos de manera clara como lo son Hernández Gil y Servat, otros de manera indecisa como Castán Tobeñas y otros con ciertas salvedades y

---

<sup>839</sup> Ibidem, página 273.

<sup>840</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA, A., op. cit., página 515.

<sup>841</sup> Cf. ibidem, página 515.

reticencias como Roca Sastre y Puig Brutau<sup>842</sup>. Servat "afirma que si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía para la creación de nuevos derechos reales, se podría introducir la anarquía y el caos en el ordenamiento inmobiliario, y se plantea si podría llegar a

---

<sup>842</sup> Cf. *ibidem*, página 516; Actualmente se puede citar a MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Derechos reales y titularidades reales*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 736, Marzo 2013, páginas 800-801: "5.2. Numerus apertus y numerus clausus: dos sistemas aparentemente contrapuestos, pero sustancialmente coincidentes, para la consecución de una misma finalidad: el nivel óptimo de estandarización de los iura in rem. Pero, antes de intentar responder adecuadamente estas dos cuestiones -y precisamente para ello- es necesario realizar algunas consideraciones sobre los conceptos de numerus clausus y de numerus apertus con severas exigencias para la admisión de nuevas figuras de derechos reales. Como veremos, no se trata de dos sistemas antagónicos, sino, por el contrario, de dos maneras sustancialmente coincidentes de abordar un mismo problema, cual es el de dotar de tipicidad y, más concretamente, el de dotar de un nivel óptimo de tipicidad a los derechos reales. (...) En ambos casos, por lo tanto, la regulación de unos derechos reales determinados, llamados por eso mismo típicos o tipificados, cumpliría la función de ser una presunción iuris tantum, más o menos reforzada, de suficiencia de tales derechos reales, especialmente en su modalidad de disfrute y/o de garantía, para conseguir una adecuada explotación de los bienes y de su utilización como garantía para el cumplimiento de obligaciones. Para destruir dicha presunción, las partes deben demostrar que ninguna de las figuras existentes o ninguna combinación entre ellas, es bastante para conseguir dichas finalidades. En ambos casos, sin embargo, la iniciativa para la creación de nuevas figuras de derechos reales corresponde a los particulares, correspondiendo al Estado la admisión o no de las pretensiones de los particulares al respecto, sobre la base de las premisas expuestas. De este modo, se conseguiría el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales que, como veremos, no es equivalente a su nivel máximo".

desnaturalizarse el registro, subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora”<sup>843</sup>.

Los argumentos que sostienen los seguidores de la teoría de los *numerus clausus* se pueden resumir de la siguiente manera: Por un lado, se expresa que la ley regula ciertos derechos reales, que son los derechos reales típicos y que por lo tanto, no existe posibilidad institucional que de margen a la creación de otros derechos reales típicos, como serían los derechos reales atípicos; por otro lado, en la normativa de los derechos reales no existe un artículo análogo al artículo 1255 del Código civil que permite crear nuevas obligaciones contractuales, por lo que se interpreta de manera restrictiva como una prohibición implícita a la creación de derechos reales atípicos<sup>844</sup>; finalmente, conforme a la

---

<sup>843</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 693, Enero - Febrero 2006, página 309 nota 2: citando a SERVAT, J., «Derechos reales y pactos de trascendencia real, en RCDI, núm. 247, 1948, página 752.

<sup>844</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA, A., op. cit., página 516.

seguridad del tráfico jurídico se impone la delimitación de los poderes sobre las cosas<sup>845</sup>.

### **6.1.2 El sistema de *numerus apertus***

Según Díez Picazo "en el sistema de *numerus apertus* se entiende que los particulares pueden crear derechos reales distintos de aquellos establecidos o tipificados por la ley. Es decir, la libertad individual goza de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación"<sup>846</sup>.

Por lo tanto según esta teoría de los *numerus apertus* se postula que los particulares pueden crear y modificar derecho reales que partan de su libre voluntad, es decir, partiendo del principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, ya sean éstos de nueva creación o modificación de los tipificados en el ordenamiento jurídico<sup>847</sup>.

En el derecho español se ha mantenido por parte de la doctrina científica, las sentencias

---

<sup>845</sup> Cf. *ibidem*, página 516.

<sup>846</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Autonomía privada*, páginas 273.

<sup>847</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA, A., *op. cit.*, página 516.

del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de los últimos años, de manera indudable la teoría de los *numerus apertus* en los derechos reales<sup>848</sup>. Entre los autores de la doctrina científica española que apoya la teoría de los *numerus apertus* en los derechos reales se encuentran entre otros Albaladejo, de los Mozos, Chico Ortiz y Díez Picazo. Según Goñi Rodríguez de Almeida, Albaladejo es un firme defensor del sistema de *numerus apertus* de derechos reales a base de la voluntad humana conforme al artículo 1255 del Código civil<sup>849</sup>. Esta autora resume la posición de Albaladejo expresando que este autor "cree que la voluntad humana puede crear todos aquellos contratos capaces de modelar nuevos derechos reales, siempre que lo creado por las partes goce de ese poder directo sobre la cosa característico de los derechos reales"<sup>850</sup>. Además, Albaladejo opina que el argumento de que los derechos reales le conciernen a la comunidad y no sólo a los particulares que los crean, lo que apoyaría la tesis de los *numerus clausus*, no es lo suficientemente de peso para derribar la posición de los *numerus apertus* la cual recoge la libertad personal de imponer sobre sus bienes los derechos

---

<sup>848</sup> Cf. *ibidem*, página 516.

<sup>849</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit.*, página 10.

<sup>850</sup> *Ibidem*, página 10 nota 3 citando a ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, III. Derecho de bienes*, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1994, páginas 29-34.

que desee<sup>851</sup>. Para Goñi Rodríguez de Almeida "Díez Picazo es también partidario de la posibilidad de nuevos derechos reales, pero siempre dentro de unos límites, que no son otros que la necesidad de creación del nuevo derecho real esté justificada por una causa o función económico- social útil, que ese derecho real lleva a cabo. Y considera que si las partes expresaron su voluntad de crear un nuevo derecho real, los límites deben ser los propios de la autonomía de la voluntad del 1.255 del Código Civil; si por el contrario, no lo han expresado claramente, sin que quepa deducir que los efectos que requieren son reales, la interpretación ha de ser más restrictiva"<sup>852</sup>.

Lacruz Berdejo sigue la posición de Díez Picazo, pero le añade que sí pueden existir nuevos derechos reales, pero su creación, al igual que Díez Picazo, debe estar claramente limitada<sup>853</sup>. "Entiende que los derechos reales nacen del título

---

<sup>851</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil. III, Derecho de bienes. Undécima edición. Revisada por Encarna Cordero Lobato. Madrid: EDISOFER, 2010, página 30.

<sup>852</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., op. cit, páginas 310-311, nota 4 citando a DÍEZ PICAZO, L., Sistema de Derecho Civil, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, páginas 47-49, y «Autonomía privada y derechos reales, en RCDI, núm. 513, 1976, páginas 284-294.

<sup>853</sup> Cf. ibidem, página 311 nota 5 citando a LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil, III, vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000, páginas 14-15.



y modo, y la voluntad negocial que implica el título tiene una causa, concepto en el que se incluye la utilidad social de la combinación, y esa causa o justificación social, precisamente es el límite para la creación por la voluntad humana de nuevos derechos reales”<sup>854</sup>.

En la misma línea de pensamiento de la doctrina científica sobre la creación de derechos reales atípico se encuentra tanto el Tribunal Supremo Español como la Dirección General del Registro y la Notaría. La jurisprudencia registral se ha expresado en apoyo al sistema de *numerus apertus* de los derechos reales, pero de manera restrictiva, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para la inscripción de esas nuevas figuras de carácter real<sup>855</sup>.

La doctrina jurisprudencial española respecto a la teoría de los *numerus apertus* de los derechos reales considera la ‘inmediatividad’ como característica del derecho real según se puede apreciar en la Sentencia del 14 de noviembre de 1960. En esta sentencia “se planteaba el caso de si era o no repetible el pago hecho por una

---

<sup>854</sup> Ibidem, página 311.

<sup>855</sup> Ibidem, páginas 311.

cantidad de dinero que no pertenecía a quien pagó, y la sentencia aclaró que el pago hecho de esta forma era ineficaz, pero que no cabía el ejercicio de la acción reivindicatoria, pues se trataba de la preferencia de percibir una prestación, pero no del ejercicio de un derecho real, al no tratarse de reclamar una cosa concreta y determinada”<sup>856</sup>.

Vemos también como la Dirección General de los Registros y del Notariado trata el tema de la teoría de los *numerus apertus* mediante los siguientes casos: exigiendo en la diferenciación entre comunidad o servidumbre de pastos, para poder calificar el derecho real, de un predio ajeno, de manera que su utilización de una persona distinta del titular de la finca (Resolución de 7 de octubre de 1963); en la diferenciación entre el derecho de opción y la prohibición de disponer (Resolución de 13 de diciembre de 1955); se entiende que no hay un derecho real en los siguientes casos: de adjudicación en pago de deudas con carácter facultativo (Resolución de 13 de mayo de 1936), en el derecho de cesión de cosa que se vende (resolución de 27 de marzo de 1947), destino de la finca adquirida por compra (Resolución de 7 de junio de 1949), derecho de

---

<sup>856</sup> CHICO y ORTIZ, J. M., Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo I. 3ra edición puesta al día. Madrid: Marcial Pons, 1994, página 430.

verter escombros (Resolución de 4 de mayo de 1934), promesas de cesión y de venta (resoluciones de 17 de diciembre de 1965 y 16 de noviembre de 1902), y otros casos<sup>857</sup>.

La doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado apoya el sistema basado en la teoría de los *numerus apertus* de los derechos reales, pero con limitaciones en la creación de éstos, cuando no autoriza la constitución de ninguna relación jurídica de carácter y efecto de un derecho real, a menos que se cumplan con las características externas y aparentes que les haga trascender a terceros y los requisitos que exige la inscripción registral conforme a las Resoluciones de 11 de abril de 1930, de 23 de noviembre de 1934, de 13 de mayo de 1936, de 22 de febrero de 1943, de 27 de marzo de 1947, de 31 de mayo de 1954 y de 1 de agosto de 1959<sup>858</sup>. Los casos posteriores de la D.G.R.N. se encuentran la Resolución de 7 de septiembre de 1982, "donde se admite la posibilidad de pactar la opción como derecho real por voluntad extrema"<sup>859</sup>; la Resolución de 14 de mayo de 1984, la cual "reconoce que el campo de las servidumbres prediales cabe la creación de las mismas sobre la

---

<sup>857</sup> Cf. *ibidem*, páginas 430-431.

<sup>858</sup> Cf. *ibidem*, página 431.

<sup>859</sup> *Ibidem*, página 431.

base del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no contravenga la Ley”<sup>860</sup>; la Resolución de 5 de junio de 1987 en la cual en la controversia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado entiende que el principio de libertad que se encuentra contenido en la teoría de los *numerus apertus* de los derechos reales tiene como presupuesto los siguientes requisitos: “la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, claridad y precisión, existencia de una razón justificativa, determinación precisa de los contornos del derecho real, inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc.”<sup>861</sup>

“La Dirección General, tradicionalmente, ha admitido con mayor frecuencia, que rechazo, la creación de nuevos derechos reales que escapan a los tipos previstos por la Ley. Como en las siguientes Resoluciones que admiten la existencia de un *numerus apertus* en los derechos reales: RRDGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de

---

<sup>860</sup> Ibidem, página 431.

<sup>861</sup> Ibidem, páginas 431-432. Esa misma posición es seguida por las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987.

septiembre de 1966, 14 de mayo de 1984, 4 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1996, 16 de julio de 2002 y 17 de julio de 2005”<sup>862</sup>.

Goñi Rodríguez de Almeida<sup>863</sup> resume los requisitos que se encuentran en la jurisprudencia registral en las Resoluciones de la DGRN para la admisión de derechos reales atípicos de la siguiente manera: “- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real: poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales, es decir, debe tener los caracteres propios de los derechos reales.- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).- Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades). Lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, art. 9 LH).- Es necesario que exista una causa o razón que los

---

<sup>862</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., op. cit, página 311 nota 6.

<sup>863</sup> Cf. ibidem, páginas 311.

justifique: como cumplir una necesidad socio-económica”<sup>864</sup>.

Entonces, la D.G.R.N. acepta la creación de nuevos derechos por por diversos fundamentos como sería or ejemplo: “necesidades urbanísticas (RDGRN de 14 de mayo de 1984) o económicas (RDGRN de 4 de marzo de 1993), y es precisamente cuando se dan esas justificaciones de tipo económico cuando la DGRN es más proclive a admitir nuevos tipos.)”<sup>865</sup>.

---

<sup>864</sup> Ibidem, página 311.

<sup>865</sup> Ibidem, página 311 nota la calce 7. Esa misma posición se encuentra en el derecho actual en Cataluña según el siguiente texto: “La Direcció General de Registres i del Notariat (DGRN) i la jurisprudència s’ha pronunciat reiteradament a favor del sistema de *numerus apertus*. Entre moltes altres, cal recordar la resolució de la DGRN de 8 de juny de 2011 que estableix que «ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Si la jurisprudència i la DGRN s’han pronunciat repetidament a favor del sistema de *numerus apertus*, sembla evident que el legislador català podia aprofitar la promulgació del Codi per manifestar la seva voluntat contrària a aquest sistema, cosa que no ha fet. En aquest punt, la inexistència en el dret català d’un precepte que prohibeixi la constitució de nous drets reals és especialment significativa a favor del sistema de *numerus apertus*”. LUCAS ESTEVE, A., Els drets reals. Dret Civil

Podemos concluir en términos generales que los argumentos que sostienen la teoría de los *numerus apertus* son los siguientes: Por un lado, no existe norma jurídica alguna que excluya o prohíba la creación de dichos derechos reales; por otro lado, el artículo 1255 del Código civil consagra el principio de la autonomía de la voluntad en la creación de obligaciones contractuales puede aplicarse de manera análoga a la creación de los derechos reales, siempre y cuando no vayan en contra de la ley, la moral ni el orden público; finalmente, en el derecho hipotecario inmobiliario, la Ley hipotecaria en su artículo 2.2<sup>866</sup> además de enumerar los derechos reales atípicos inscribibles en el Registro de la Propiedad, expresa que también se pueden inscribir "otros cualesquiera reales" y lo mismo se expresa en el artículo 7<sup>867</sup> del Reglamento hipotecario<sup>868</sup>.

---

Català Volum IV. Tom 1. Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2015.

<sup>866</sup> "En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: (...) Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, trasmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres **y otros cualesquiera reales**". ARTÍCULO 2 de la LEY HIPOTECARIA. Decreto 8 de febrero de 1946.

<sup>867</sup> "Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, **sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o**

La doctrina científica española apoya con cierta unanimidad el sistema de los *numerus apertus* de los derechos reales ya "que encierra una apertura hacia el progreso y evolución del derecho. Es decir, existe en nuestro Derecho la posibilidad -como apunta Puig Peña- institucional que permite crear derechos, aunque esa creación no parece ser exenta de límites"<sup>869</sup>.

Díez Picazo sigue la postura de Chico Ortiz cuando éste expresa "que no es lo mismo tratar de dilucidar si es posible crear algún derecho real aparte de los regulados en el Código que saber si esta posibilidad en caso afirmativo carece o no de límites, pues son dos cosas distintas determinar si las figuras reguladas por el Código son las únicas posibles y determinar qué límite encuentra en su caso la autonomía de la voluntad. Y es cierto que no es lo mismo, pero es cierto también

---

***contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho,*** modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales". ARTÍCULO 7 del REGLAMENTO HIPOTECARIO. Decreto de 14 de febrero de 1947.

<sup>868</sup> Cf. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA, A., op. cit., página 516.

<sup>869</sup> CHICO y ORTIZ, J. M., op. cit., página 431.



que una y otra cuestión se confunden constantemente, se involucran y se implican”<sup>870</sup>.

Díez Picazo concluye que no hay un enfrentamiento en la actualidad sobre la aceptación de una u otra teoría de los *numerus apertus* o *clausus*, sino que la dirección de la discusión se encamina a auscultar los límites de la autonomía privada en la creación de nuevos derechos reales<sup>871</sup>. “Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar. Hasta que el derecho de superficie fuera recogido en el Reglamento Hipotecario y en la Ley del Suelo constituía un derecho real atípico y, sin embargo, podía ser establecido con efectos reales. La cuestión no radica, por consiguiente, en decidir si existe o no existe autonomía de la voluntad para establecer derechos reales atípicos o para modificar los típicos, sino-como hemos dicho ya varias veces- en saber bajo qué límites y en qué condiciones aquella autonomía de la voluntad puede eficazmente desplegarse. El problema ha sido entrevisto en la doctrina y en la

---

<sup>870</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Autonomía privada, página 280 citando en la nota 19 a CHICO y ORTIZ, J. M., *Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación*, Madrid, 1974. página 119.

<sup>871</sup> Cf. *ibidem*, página 296.

jurisprudencia, pero por regla general aparece tanto en una como en otra poco desarrollado”<sup>872</sup>.

Como se puede apreciar en la discusión doctrinal y jurisprudencial de la admisibilidad o no de nuevos derechos reales en el derecho español, es claro que la posición de su admisibilidad es la prevalente. Lo que la doctrina científica como la jurisprudencial debaten es la manera en que se debe delimitar esta creación de los derechos reales atípicos como también la modificación de los típicos.

Como última conclusión y primer presupuesto y limitación en la creación de los nuevos derechos reales o derechos reales atípicos es que no cabe la posibilidad de crear nuevos derechos reales junto al derecho de propiedad o dominio. Sólo cabe la posibilidad de crear nuevos derechos reales sobre cosa ajena, *iura in re aliena*. Como asevera Román García en referencia a de los Mozos, “hay que decir claramente que el derecho real pleno, el derecho absoluto de dominio, no admite en nuestro ordenamiento sino una única forma. Por tanto, hemos de entender que el poder creador de nuevas categorías de derechos reales se ejercerá

---

<sup>872</sup> Ibidem, página 296.

siempre sobre los derechos reales sobre cosa ajena. Las denominadas formas atípicas de derechos reales se referirán a figuras de derechos reales sobre cosa ajena”<sup>873</sup>.

## **6.2 Presupuestos Y requisitos para la creación, modificación y extinción de nuevos derechos reales**

Como presupuestos en la creación de los nuevos derechos reales (derechos reales atípicos e derechos reales innominados) han de preceder o sirven como marco conceptual los siguientes criterios de selección que Buenaventura Camy había expuesto: “1.º Que lo decisivo ha de ser siempre el contenido real de los negocios jurídicos y de los derechos y no la denominación que a los mismos se dé; 2.º que las promesas de derechos reales no son derechos reales en sí; 3.º que los motivos o intenciones de las partes en los contratos son en principio de carácter obligacional; 4.º que existen limitaciones en la aplicación del sistema del *numerus apertus* como es en particular el respeto debido a las prohibiciones establecidas por las leyes; 5.º que es necesario configurar con

---

<sup>873</sup> ROMÁN GARCÍA, A., La tipicidad en los derechos reales. (Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de *numerus apertus*; sistema de *numerus clausus*). Madrid: Editorial Montecorvo, 1994, páginas 181-182 nota 10 citando a J. L. de los Mozos, El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica., Madrid, 1993, páginas 63 y siguientes.

claridad el derecho real innominado y 6.º que, como ya se ha dicho, hay que atender al derecho que se constituye para estimarlo como real”<sup>874</sup>.

Citando a Camy<sup>875</sup>, expone Díez Picazo que hay tres aspectos en relación al último punto sobre la estimación del derecho como real. Por un lado, al “señala que los derechos reales innominados (derechos reales atípicos) no podrán ser nunca formas especiales de propiedad, sino que han de ser derechos limitativos del dominio y que tienen necesariamente que recaer sobre cosa ajena, pues en favor del propietario no hay más derecho que el de propiedad”<sup>876</sup>. Por otro lado, el contenido real del derecho real atípico limitativo del *ius in re aliena* no puede agotar la totalidad de las posibilidades de las prestaciones de la cosa. Finalmente, este derecho real atípico ha de tener carácter temporal, ya que conforme al artículo 785 párrafo 2do sobre las sustituciones

---

<sup>874</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Autonomía privada*, página 280 nota 20 citando a Buenaventura Camy, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1.º, Granada, 1969, páginas 431 y siguientes.

<sup>875</sup> Cf. *ibídem*, página 281 nota 21 citando a Buenaventura Camy, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1.º, Granada, 1969, págs. 432 y siguientes.

<sup>876</sup> *Idem*, página 281.

fideicomisarias<sup>877</sup>, salvo las servidumbres de las cuales pareciera admitirse la perpetuidad.

Diez Picazo señala que ante la disyuntiva interpretativa de si un derecho es real o personal (obligacional) en los casos en que se de esta situación, ya que existen funciones económicas que pudiéndose lograr mediante derecho reales, también se podrían lograr mediante relaciones jurídico obligatorias. Esto se puede dar en los casos de las servidumbres y de los derechos de uso y disfrute. Este autor trae la siguiente situación: "Piénsese que se puede otorgar a otro un derecho real de usufructo pero que se puede pactar también una relación jurídico-obligatoria por virtud de la cual le deban ser

---

<sup>877</sup> Art. 785. No surtirán efecto:(1) Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al substituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

(2) Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal fuera del límite señalado en el artículo 781. (...)

Art. 781. Sustituciones fideicomisarias. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

atribuidos a una persona los frutos y los rendimientos que una cosa produzca. Ello significa, a nuestro juicio, que un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de un derecho real, cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva de un derecho real típico y que sólo se deberá excluir el carácter real del derecho constituido cuando así permita entenderlo a la voluntad de las partes. Por ejemplo: si se constituye un usufructo, deberemos entender que se trata de un típico derecho real de usufructo, a menos que otra sea la voluntad de las partes de configurar el usufructo como relación obligatoria. En cambio, si se trata de una figura atípica, parece que el criterio hermenéutico debe ser cabalmente el contrario. Por regla general, la figura atípica deberá considerarse como meramente obligacional y sólo si se dan los requisitos necesarios para ello podrá entenderse que constituye un derecho real"<sup>878</sup>.

Además de lo anteriormente expuesto, en la creación, modificación y extinción de los derechos reales atípico han de darse una serie de requisitos como los que se expondrán en adelante: que se cumplan con las características de los derechos reales en general y que en el ejercicio de

---

<sup>878</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Autonomía privada*, página 281.

la autonomía de la voluntad se ciñan a los límites propios de la creación de los derechos reales atípicos (innominados), nuevos derechos reales.

### **6.2.1 Características generales de los derechos reales**

Lo primero que se ha de considerar en la creación de derechos reales atípico es si se cumplen con los requisitos fundamentales de lo que son los derechos reales. Para ello, ha de tomarse en cuenta el sujeto del titular, como también el objeto del derecho real atípico y su eficacia. Por razón de los **sujetos** el titular del derecho real es una persona natural (física) o una persona jurídica, quien ejerce el dominio sobre una cosa determinada (específica: **principio de especificación**) ante terceros, es decir, ante todos, *erga omnes*, lo cual constituye la razón del **objeto** del derecho real<sup>879</sup>. Por razón de la **eficacia**, el derecho real se expresa mediante el dominio directo sobre la cosa objeto del derecho real con eficacia *erga omnes*, lo que le concede el derecho a su titular de perseguir la cosa gravada con el derecho real independientemente de quien esté en su posesión y sea su propietario<sup>880</sup>. Por

---

<sup>879</sup> Cf. PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil. Vol. III. Derechos reales. Derecho hipotecario. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1989. página 5.

<sup>880</sup> Cf. *ibidem*, página 5.

su origen, el derecho real se adquiere mediante "un título o fundamento causal de la transmisión y un modo o acto real de entrega o toma de posesión (artículos 609, 1095 y 1462 del Código civil)"<sup>881</sup>. También se adquiere el derecho real mediante la prescripción, usucapión (artículo 609, 1930 y ss. del Código civil)<sup>882</sup>.

---

<sup>881</sup> Ibidem, página 6.

<sup>882</sup> Esta misma posición jurídica es comparable a lo que se encuentra en el derecho en Cataluña. El derecho catalán sigue el derecho común español: "Ara bé, la possibilitat de crear nous drets reals no és il·limitada, tot el contrari. Atenent al fet que són drets absoluts que afecten tota la comunitat, la creació de drets reals ha de complir uns requisits estrictes que permetin configurar-los com a drets reals. Així, amb caràcter general, es poden establir els següents requisits: • S'ha de fer una determinació precisa de les facultats i les obligacions del nou dret real. En aquest sentit, en cas de dubte sobre la seva configuració com a dret real, preval la presumpció de llibertat del domini i el dret es consideraria personal. • El nou dret ha de presentar les característiques típiques dels drets reals, és a dir, poder directe i immediat sobre la cosa, i eficàcia (*erga omnes*). A més, l'objecte del dret real ha de recaure sobre un bé existent i, si es vol inscriure en el Registre, ha de complir els requisits d'accés al Registre de la Propietat. • La configuració d'un nou dret real ha de ser l'única manera de tutelar els interessos de les parts i, per tant, és necessari que la finalitat que es pretén assolir no es pugui complir recorrent a un dret real típic. Aquest requisit és especialment difícil, ja que el panorama de drets reals que presenta el Codi és molt ampli, comprèn nombroses situacions i, a més, permet la seva ampliació (per exemple, amb els drets d'aprofitament parcial). • El nou dret real no ha de contradir l'ordre públic ni tampoc pot infringir aquelles normes imperatives que ha establert l'ordenament jurídic i que configuren l'estructura de cada dret real. En aquest sentit, no seria possible modificar els terminis màxims de duració dels drets reals (per exemple de l'usdefruit, aprofitament parcial o super-fície, art. 561-3.4, 563-2.4, 564-3.2.a), modificar la durada dels pactes



### 6.2.2 El principio de la autonomía de la voluntad en la creación de nuevos derechos reales

Diez Picazo sigue la línea de pensamiento de Santos Briz cuando éste expresa que la primera limitación a la autonomía privada en la creación y modificación de los derechos reales se encuentra en el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario cuando señala como límite a esta "libertad constitutiva de derechos reales que el derecho en cuestión afecte a las facultades del dominio o a las inherentes a otros derechos reales limitados"<sup>883</sup>. La segunda limitación la encontramos en el artículo 1255 del Código civil, que establece dentro del ordenamiento jurídico y seguida por la doctrina para la creación del derecho real innominado que no esté en contra de la ley, la moral ni el orden público. Esta limitación es una tipo genérica. La tercera

---

d'indivisió en la comunitat ordinària indivisa (art. 552-10.2 CCCat) o establir noves preferències en els drets reals de garantia que alterin l'ordre establert a la Llei. Tampoc es permet violar el principi de lliure circulació dels béns ni establir gravàmens perpetus. En conclusió, es pot afirmar que malgrat que hi ha un consens general sobre l'existència teòrica del sistema de *numerus apertus*, a la pràctica no és fàcil la creació de nous drets reals, precisament per l'àmplia oferta legal de drets reals que es concedeixen als particulars, fet que dificulta la creació de drets diferents dels que han estat regulats". LUCAS ESTEVE, A., Els drets reals. Dret Civil Català Volum IV. Tom 1. Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2015.

<sup>883</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Autonomía privada, página 296 citando a Santos Briz, *Derecho de Cosas*, Madrid, 1973.

limitación está dada por el artículo 1258 del Código civil y es que los nuevos derechos reales así como las modificaciones a los derechos reales no puede contradecir la buena fe<sup>884</sup>.

El mismo autor señala que estas limitaciones son seguidas por la jurisprudencia registral "cuando se negaba el efecto real o la trascendencia real y la inscribibilidad en el Registro a determinadas figuras porque no existía en ellas determinación del objeto, porque se faltaba a la ley, porque no había interés serio y legítimo o por otras razones igualmente limitativas"<sup>885</sup>.

#### **6.2.2.1 La ley y el ordenamiento jurídico**

Si partimos de la premisa que el artículo 1255 del Código civil nos permite crear derechos reales atípicos, porque como ya vimos en nuestro sistema de derecho patrimonial prevalece la tipicidad causal y no la tipicidad legal pura, entonces es razonable afirmar que la autonomía privada predicada en el mencionado artículo permitiría la creación, modificación y extinción de derechos reales atípicos, pero no de forma absoluta sino que enmarcado dentro de las

---

<sup>884</sup> Cf. *ibidem*, página 296.

<sup>885</sup> *Ibidem*, página 297.

limitaciones expresadas por el artículo 1255 del cc, como lo son la ley en sentido del ordenamiento jurídico, la moral y el orden público.

En términos de la ley o el ordenamiento jurídico es claro que mediante la creación, modificación y extinción de los derechos reales atípicos no se pueda contravenir la ley como serían las normas imperativas, ya que esto conllevaría la nulidad de dicho acto jurídico conforme al artículo 6.3 del Código civil<sup>886</sup>. Es decir, se contravendría el ordenamiento jurídico mediante un negocio ilegal o ilícito y por ende los efectos jurídicos serían inválidos<sup>887</sup>.

#### **6.2.2.2 La moral y el orden público económico**

Según Román García el límite de la moral y el orden público impuesto por el artículo 1255 del Código Civil "significaran que la relación jurídica que se crea no se puede deber a una relación caprichosa o artificial de la relación jurídico-real, sino que ésta debe responder concretamente a una exigencia jurídica y económico-social impuesta precisamente por el

---

<sup>886</sup> Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

<sup>887</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Autonomía privada, página 297.

constante desarrollo de las figuras y tipos de derechos reales en el tráfico negocial”<sup>888</sup>.

### **6.2.3 La causa y la eficacia**

El tema de la causa en la teoría de los *numerus apertus* es medular ya que según de los Mozos nuestro sistema de derecho es uno en el cual existe una interconexión entre el derecho de obligaciones y el derecho real mediante la causa. Este autor afirma que nuestro sistema de derechos reales es uno de tipicidad causal y no de tipicidad legal puro. Expresa de los Mozos que

---

<sup>888</sup> ROMÁN GARCÍA, A., op. cit., página 184; siguiendo las expresiones de DÍEZ PICAZO, L., Autonomía privada, 297: “Para Santos Briz el límite moral y el orden público significan que el derecho real innominado que se cree, no ha de deberse al mero capricho, ni ser una artificiosa construcción, sino que ha de venir provocado para satisfacer evidentes necesidades jurídicas y económico-sociales o impuesto por el desarrollo en determinados sectores de la economía o por disposiciones legislativas vigentes aunque no sea en ellas expresamente declarado como tal. En la jurisprudencia registral se han utilizado a veces criterios de política económica, amparables bajo la generalidad del concepto de orden público, entendido éste como orden público económico, para denegar efectos reales a determinadas disposiciones negociales. Así, la idea de la libertad de la propiedad o la idea de impedir su amortización. Así, en la Resolución de 4 de enero de 1927 contra la admisión como derecho real de un determinado tipo de derecho de adquisición preferente se dijo que había clarísimas razones como eran: los vínculos que ello impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; y el que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre”.

"(e)s cierto que el Código, al regular los derechos reales, describe prototipos, pero tanto en esta parte, como al regular las modificaciones de la propiedad, salvo cuando establece normas de 'atribución' de derechos o de efectos jurídicos, no agota las posibilidades de tipificación, dejando un amplio margen a la iniciativa privada (usufructos y servidumbres voluntarias, derogación de las reglas de la accesión o de la comunidad, etcétera) y, sobre todo, a su capacidad creadora, dentro de lo que permite la propia naturaleza de las cosas. Luego, no puede decirse que se trate de un sistema de tipicidad legal, puro, aunque la ley podría hacerlo, sino de un sistema que, en su génesis, tiene presente esa *tipicidad causal*, propia del derecho de las obligaciones, pero que trasciende, dentro de ciertos límites, al derecho de los bienes"<sup>889</sup>. Esto lleva a de los Mozos a afirmar que "en el código, no existe una *tipicidad legal*, en el sentido con el que se presenta en otros ordenamientos, la tipicidad, por tanto, será, sobre todo, *causal*, pero esto no sirve, por sí solo, para crear nuevos tipos de derechos reales, se opone a ello el criterio de la efectividad"<sup>890</sup>. Esta idea es seguida por Román García quien resume dichas expresiones de de los Mozos al afirmar que nuestro sistema tiene

---

<sup>889</sup> DE LOS MOZOS, J. L., Estudios sobre Derechos de los bienes. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, páginas 48-49.

<sup>890</sup> Ibidem, Estudios, página 52.

presente en su génesis la tipicidad causal propia del derecho de obligaciones y que esta tipicidad causal trasciende con limitaciones del derecho de obligaciones al derecho de los bienes<sup>891</sup>.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra Román García al expresar que "(n)uestro sistema contractual es un sistema causal, y la causa del negocio jurídico generador de la relación jurídico-real puede ser, algunas veces, suficiente para fundamentar la relación jurídica obligatoria, y no serlo, en cambio, para justificar la existencia jurídica de la pretendida relación de derecho real. Y, como es sabido, la incidencia de la causa es fundamental en nuestro ordenamiento en materia de atipicidad; puesto que precisamente ésta servirá para efectuar el control de la legalidad del negocio. Por ello, para entender que es posible la creación de un nuevo tipo de derecho real, habrá que reflexionar sobre su causa, admitiéndose solamente si la función económico-social que persigue satisfacer en la realidad comercial responde a una auténtica exigencia del tráfico jurídico que no puede protegerse de otro modo (mediante categorías

---

<sup>891</sup> ROMÁN GARCÍA, A., op. cit., página 183.

típicas ya existentes), siendo por ello merecedora de protección”<sup>892</sup>.

“El título jurídico en virtud del cual se adquiere, se modifica o se extingue la relación de derecho real funciona, de esta manera, como título-causa de la relación jurídica; pero, como ya dijimos antes, en nuestro ordenamiento además del título se requiere, en todos aquellos supuestos en que no se exige legalmente (adquisiciones por ley, por sucesión, por prescripción), el modo, según el art. 609 del Código civil, para que se constituya válidamente la relación de derecho real”<sup>893</sup>. En nuestro sistema jurídico existe la peculiaridad por la tradición histórico-jurídica de que la propiedad y los demás derechos reales sobre cosa ajena nacer por razón de la tradición como lo expresa el artículo 609 del Código civil<sup>894</sup>. Esto es lo que se conoce como la teoría del título y modo. Por lo tanto, la configuración de los derechos reales dependerá de su título<sup>895</sup>. Citando a Chico Ortiz, el mismo autor señala que en nuestro sistema “la inscripción se convierte en una operación en virtud de la cual se produce la constancia de una mutación de la realidad jurídico-inmobiliaria por

---

<sup>892</sup> Ibidem, páginas 183-184.

<sup>893</sup> Ibidem, página 185.

<sup>894</sup> Cf. ibidem, página 182.

<sup>895</sup> Cf. ibidem, página 183.

un título material del cual se toma razón a través de un título formal. Por ello no cabe dudar de la existencia de un sistema abierto donde la inscripción dependerá fundamentalmente de la relación jurídica que se articula en el título y de que ésta produzca efectivamente una eficacia jurídico real”<sup>896</sup>. Esto es diferente en los sistemas de *numerus clausus* como el sistema alemán, ya que en dicho sistema los contratos reales producen y crean un derecho real tipificado de antemano por el legislador<sup>897</sup>.

Este título para que sea efectivo en la creación del derecho real atípico requiere de una causa que sustente el negocio jurídico. Para ello Díez Picazo hace un razonamiento sobre la causa en relación con los derechos reales atípicos. Por otro lado, nos dice “que el contrato o el negocio jurídico creador del derecho real tiene ya en sí mismo su causa y que esta causa no tiene por qué ser distinta en el orden de la producción de efectos obligatorios que en relación con los efectos jurídicos reales”<sup>898</sup>. La base legal para ello la encontramos en el artículo 1274 del Código civil, la gratuidad o la onerosidad son lo mismo

---

<sup>896</sup> Ibidem, página 183; citando a Chico, J. M., Estudios sobre Derecho hipotecario, I, Madrid, 1989, páginas 469 y siguientes.

<sup>897</sup> Cf. ibidem, página 183.

<sup>898</sup> DÍEZ PICAZO, L., Autonomía privada, página 300.



como causas del contrato que como causas de la constitución de los derechos reales derivados o producidos por el contrato<sup>899</sup>. El mejor ejemplo que nos ofrece lo podemos encontrar en el caso del propietario que constituye un usufructo, su mera liberalidad según el cita artículo es causa del derecho real de usufructo<sup>900</sup>. En términos de la suficiencia por razón económica, ha de considerarse también "la idea de la función económica o económico-social del tipo de negocio o del tipo de derecho que de tal negocio dimana. Esta función económico-social se encuentra por sí sola reconocida cuando el tipo negocial o el derecho se halla ya regulado o admitido por el ordenamiento jurídico (v. gr., constitución de un usufructo)"<sup>901</sup>. En cuanto al tema de la atipicidad tanto en materia de las relaciones jurídico-obligacionales así como con las relaciones jurídico-reales "es necesario un enjuiciamiento del negocio para decidir si éste cumple o no una función económico-social que se considere digna y merecedora de la tutela jurídica"<sup>902</sup>. Para el caso que nos atañe, lo relativo a la materia de relaciones jurídico-reales se requiere algo adicional a lo de las relaciones jurídico-obligaciones. Esto consiste en que el negocio jurídico-real puede tener una causa suficiente de

---

<sup>899</sup> Cf. *ibidem*, página 300.

<sup>900</sup> *Ibidem*, página 300.

<sup>901</sup> *Ibidem*, página 300.

<sup>902</sup> *Ibidem*, página 300.

obligaciones como para el caso de las relaciones jurídico obligacionales conforme al artículo 1.261,-3.<sup>o</sup><sup>903</sup> del Código civil, pero podría no tener causa suficiente para la producción de efectos jurídico-reales<sup>904</sup>. Concluye, entonces, Díez Picazo afirmando al respecto que el reconocimiento de la voluntad individual en la creación de derechos reales atípicos no debe olvidar que ésta está vinculada a la causa para la creación del derecho real atípico<sup>905</sup>. Finalmente, "a esta incidencia causal, en la línea de la función económico-social, es a la que se está haciendo referencia cuando se señala que para entender constituido un derecho real es menester que con éste se cumplan, o se traten de satisfacer, necesidades jurídicas o económicas, que de otro modo no se podrían llenar"<sup>906</sup>.

#### **6.2.4 La determinación del objeto y el principio de especialidad**

Para que cualquier derecho real típico o atípico sea reconocido como tal ha de recaer sobre un objeto determinado. A esto es lo se conoce

---

<sup>903</sup> "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes, 2. Objeto cierto que sea materia del contrato, 3. Causa de la obligación que se establezca". Artículo 1262 del Código civil.

<sup>904</sup> Cf. DÍEZ PICAZO, L., *Autonomía privada*, páginas 300-301.

<sup>905</sup> Cf. *ibidem*, página 301.

<sup>906</sup> *Ibidem*, páginas 300-301.

como el principio de especialidad que se mencionó anteriormente cuando se discutieron los requisitos de los derechos reales.

Esto se ve claramente cuando se exige su plena determinación para propósito de inscripción en el Registro de la Propiedad. Esto es cierto de igual manera en la creación de una relación jurídico-obligacional conforme al párrafo primero del artículo 1273 del Código civil<sup>907</sup>. “Sin embargo, entre la determinación que se exige para la existencia y eficacia de un contrato y la más perfilada determinación que exige el derecho real, existe alguna distancia. Puede, por ello, ocurrir que el negocio jurídico cumpla las exigencias de determinación propias de un negocio con efectos obligatorios, pero que no cumpla, en cambio, aquellas precisas circunstancias que son necesarias para que se dé la especialidad de los derechos reales”<sup>908</sup>. En el caso específico de que un derecho real atípico, una relación jurídico-real, fuese a ganar acceso al Registro, entonces su inscribibilidad habrá de calificarse conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria al artículo 51 del Reglamento Hipotecario<sup>909</sup>. En ese sentido la jurisprudencia registral ha sostenido el

---

<sup>907</sup> Cf. *ibidem*, página 298.

<sup>908</sup> *Ibidem*, página 298.

<sup>909</sup> Cf. *ibidem*, página 299.

requisito de la determinación del objeto del derecho real para poder permitir la inscripción del inmueble

La jurisprudencia registral, al enfrentarse con la calificación de determinadas hipótesis como derechos reales o como derechos personales, ha hecho con frecuencia hincapié sobre este requisito. El carácter de derecho real o, más exactamente, la inscribibilidad, se han negado en ocasiones por falta de determinación del inmueble<sup>910</sup>.

En el caso de la Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado del 18 de julio de 2005 "el requisito para ser admitido como nuevo derecho real es básicamente la perfecta determinación del derecho para que pueda ser oponible, y por tanto eficaz erga omnes. Es fundamental para ser derecho real: su determinación y su inmediatez y eficacia erga omnes. Si no reúne todos y cada uno de los requisitos que se predicen de un derecho real, no los considera como tales, en ese sentido podemos

---

<sup>910</sup> Cf. *ibidem*, página 299.

afirmar que la D.G.R.N. es restrictiva, por regla general, a la hora de admitir nuevos derechos”<sup>911</sup>.

---

<sup>911</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., op. cit., página 312: “Sin embargo, encontramos, a veces, pronunciamientos de la Dirección General, que en parte nos sorprenden, tal es el caso planteado en la RDGRN de 18 de julio de 2005. En ese caso se pretende la inscripción de un derecho de usar y disfrutar una piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo, inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos privativos a favor de una persona determinada (causahabiente del constituyente del régimen). Asimismo, se solicita en dicha demanda que la titular de la zona donde se halla la piscina respete su derecho de uso y disfrute y se abstenga de perturbar su pacífico ejercicio. El derecho de uso y disfrute se pretende que se reconozca a favor de los titulares de los apartamentos, así como de los sucesivos propietarios de los mismos, sus ocupantes y familiares y amigos. Igualmente, se declara que ese derecho de uso y disfrute lleva consigo la obligación de pagar los gastos de conservación de la piscina y jardines. Pues bien, la DGRN afirma que el derecho de uso que se pretende inscribir goza de inmediatividad (el derecho de los demandantes a usar y disfrutar el espacio controvertido) y eficacia erga omnes, pues se dice expresamente que ese derecho sería oponible frente a cualquier titular de tal espacio. Pero, reconoce, igualmente, el Centro Directivo, que ese derecho no está perfectamente determinado en sus contornos y efectos. Cuestión esta vital para poder considerarlo, primero, como derecho real, y segundo y más importante, desde el punto de vista registral para su inscripción en el Registro. Continúa la Dirección General diciendo que dicha determinación derivará del título constitutivo del derecho, que será la futura sentencia en el caso de estimarse la demanda. Pues bien, el derecho no está perfectamente determinado, y como tal, entonces, no puede ser considerado ni derecho real ni inscribirse en el Registro, puesto que es fundamental en los derechos reales esa determinación, precisamente como base de su oponibilidad”.

### **6.2.5 La forma, publicidad y la seguridad en el tráfico jurídico**

Para que se logre una plena efectividad o se constituya plenamente un nuevo derecho real es imprescindible que se den requisitos de forma y de publicidad<sup>912</sup>.

La forma en los contratos para que produzcan un efecto real requiere de lo establecido en el párrafo primero del artículo 1280 del Código civil para los bienes inmuebles, el cual establece que "Deberá constar en documento público: 1. Lo actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Para el caso de los derechos reales sobre bienes muebles no le aplica esta disposición. "Esta norma imperativa contiene un límite más a la libertad de los particulares en la configuración de las relaciones jurídico-reales. Límite que encuentra sentido en orden a la eficacia real de la propia relación creada, y que representa también una garantía para la seguridad del tráfico jurídico"<sup>913</sup>.

La publicidad de los derechos reales se puede considerar desde la óptica de los bienes muebles y

---

<sup>912</sup> Cf. DÍEZ PICAZO, L., *Autonomía privada*, página 299.

<sup>913</sup> ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, página 186.

los inmuebles. Para el caso de los derechos reales mobiliarios, sobre bienes muebles, "la publicidad formal se encuentra sustituida por la publicidad posesoria. Sólo cuando el adquirente ha sido investido con la posesión de la cosa mueble, alcanza su derecho sobre la cosa un pleno efecto real que sea oponible en relación con los terceros"<sup>914</sup>. En el caso de los derechos reales inmobiliarios, sobre bienes inmuebles, "puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real"<sup>915</sup>. Para la publicidad en ambos casos se trata del requisito fundamental de los derechos reales de la oponibilidad de la relación jurídico-real frente terceros, *erga omnes*<sup>916</sup>. "Las condiciones de publicidad son el presupuesto de la oponibilidad del negocio de creación, modificación o extinción de la relación jurídico-real frente a terceros, y caracterizará la eficacia *erga omnes* de la relación de derecho real creada. Puede afirmarse que el derecho real que no esté dotado de la necesaria publicidad, que no figure inscrito en el registro no llegara a

---

<sup>914</sup> DÍEZ PICAZO, L., Autonomía privada, página 299.

<sup>915</sup> Ibidem, página 299.

<sup>916</sup> Cf. ibidem, página 299.

desplegar su plena eficacia jurídica frente a terceros de buena fe”<sup>917</sup>.

A manera de conclusión sobre los requisitos para la creación y modificación de los derecho reales atípicos o innominados, nuevos derecho reales, podemos señalarlos siguientes: Estos solo podrá constituir *iura in re aliena* y nunca ser nuevas formas de dominio y con exclusión los derechos de garantía; han de tener carácter temporal; deben cumplir con los requisitos generales de los derechos reales como el tener un titular, un objeto determinado (principio de especificación) y una eficacia ante terceros, *erga omnes*; la autonomía privada consagrada en el artículo 1255 del Código civil sobre la creación de las relaciones jurídico-obligacional aplica de manera propia también a la creación de nuevas formas de relaciones jurídico-reales en la creación derechos reales atípicos, manteniéndose las limitaciones de la ley (ordenamiento jurídico), la moral y el orden público; la causa contenida en el título del derecho real atípico, no sólo ha de estar presente junto a la voluntad necesaria en la creación de las relaciones jurídico-obligacionales y reales, ésta ha de ser suficiente, adecuada y legal, además, de constituir el enlace fundamental en la

---

<sup>917</sup> ROMÁN GARCÍA, A., op. cit., página 186.



permeabilidad de las relaciones jurídico-patrimoniales, las jurídico-obligacionales y las jurídico-reales para así establecer la tipicidad causal que fundamenta la teoría de los *numerus apertus* en nuestro sistema de derecho; ha de estar presente no sólo el título sino que también la *traditio* (tradición) en la constitución del derecho real atípico (teoría del título y modo); ha de guardarse la forma necesaria en la creación del derecho real atípico según sea uno mobiliario o inmobiliario para así también asegurar el tráfico jurídico de los bienes (principio de la necesaria seguridad del tráfico jurídico); la publicidad del derecho real atípico ha de guardar relación con su carácter mobiliario o inmobiliario para que tenga la eficacia correspondiente ante terceros (principio de publicidad).

### **6.3 La creación de nuevos derechos reales: el caso del *trust***

La pregunta que nos planteamos ahora es si es posible la creación de una figura jurídica en el derecho español utilizando como fundamento la teoría de los *numerus apertus* y por consiguiente crear un nuevo derecho real o derecho real atípico que corresponda a la figura del *trust* en alguna de sus modalidades. Una idea similar a esta la

habría expuesto Estrada Alonso pero en relación a los fondos sin personalidad<sup>918</sup>.

Luego de haber expuesto los requisitos para la creación de un derecho real atípico, habría que relacionar las características propias del *trust*, ya sea en la normativa internacional, como lo es la convención de la Haya sobre el *trust*, o los lineamientos sobre el *trust* en Europa o en alguna otra modalidad de *trust* en otra jurisdicción.

Además, se podría echar mano de figuras jurídicas afines al *trust* y que se encuentran

---

<sup>918</sup> Cf. ESTRADA ALONSO, E., op. cit., páginas 165-166: "En España puede utilizarse la base de los artículos 2.2 *in fine* LH cuando admite a inscripción de «cualesquiera otros derechos reales», y su correlativo el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, para constituir las distintas facultades de los participantes. Además el fideicomiso no sólo se puede considerar en la admisibilidad de los *numerus apertus* en materia de los derechos reales, sino que se contempla legalmente en el mismo art. 2-3 de la LH para satisfacer una necesidad, no resuelta por otros derechos reales o por una combinación de derechos reales y personales. Mediante el mismo se constituiría un patrimonio separado de duración limitada sobre el que el fiduciario tenga las facultades necesarias para el cumplimiento del encargo. Estas facultades pueden ser incluso de disposición, en la que se produzca la subrogación de los bienes que vayan siendo objeto de disposición y para gravar los bienes fideicomitidos. La facultad de disposición, de constituir nuevos derechos reales y de obligar al patrimonio, puede ser cedida al fiduciario si forma parte del encargo".

tipificadas en el derecho español, como es el caso de las sustituciones fideicomisarias tratadas en un capítulo anterior y las donaciones modales como se explicará más adelante. En esa misma línea de pensamiento Albaladejo y Díez Alabart expresan la idea que vamos a suscribir y utilizar para concluir nuestra investigación, la cual consiste en la posibilidad de constituir un fideicomiso *intervivos* en el Derecho español habría de construirse en torno a la donación modal conforme a los artículos 618, 640, 641, 642, 643 del Código civil<sup>919</sup>.

Continúan los mismos autores señalando la importancia de la publicidad de la carga mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. "El modo, carga o condición, para que produzca efectos frente a terceros, como en la sustitución fideicomisaria debe inscribirse en el Registro de la propiedad. Si no se inscribe y los bienes son adquiridos por terceros de buena fe y el donatario-fiduciario no cumple el encargo, habrá de responder de daños y perjuicios y se podrán perseguir los bienes"<sup>920</sup>. En relación a la

---

<sup>919</sup> Cf. *ibidem*, página 161.

<sup>920</sup> Cf. *ibidem*, 161 nota 203 citando a "ALBALADEJO, M. y DÍEZ ALABART, S.: *Comentarios al Código Civil ob. cit.* La posibilidad de constituir un fideicomiso *intervivos* se construye pues en España, en torno a la donación modal, en base a los artículos 618, 640, 641, 642, 643 CC. En algunos

sustitución fideicomisaria, Estrada Alonso nos dice que "(e)n el Derecho común el otorgamiento de una donación modal con condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad mantiene una naturaleza fiduciaria *inter vivos* que también puede formalizarse bajo el prototipo de una sustitución fideicomisaria"<sup>921</sup>.

Como en la sustitución fideicomisaria el patrimonio que se crea es uno separado bajo el mismo titular en caso de aceptar la herencia a beneficio de inventario como e vio en un capítulo anterior. El fiduciario es titular de su patrimonio personal y del patrimonio separado y autónomo, conservándose así la unidad del patrimonio mediante un mismo titular. Así mismo ocurre entonces con la donación modal en la que los bienes transmitidos mediante la donación modal se constituyen en un patrimonio separado del donatario hasta tanto se cumpla con la condición impuesta, la reversión o resolución. El donatario

---

supuestos legales no basta la publicidad de su regulación, sino que, para alcanzar los plenos efectos de la publicidad registral necesita la inscripción de la carga en la hoja abierta a la finca. El modo, carga o condición, para que produzca efectos frente a terceros, como en la sustitución fideicomisaria debe inscribirse en el Registro de la propiedad. Si no se inscribe y los bienes son adquiridos por terceros de buena fe y el donatario-fiduciario no cumple el encargo, habrá de responder de daños y perjuicios y se podrán perseguir los bienes".

<sup>921</sup> Ibidem, página 155.

se constituye entonces en un fiduciario ante el donante fideicomitente o constituyente. El modo puede consistir en un encargo de administración de los bienes a favor del mismo donante-fideicomitente o fiduciante o a favor de un tercero. Esto es lo que constituiría la *causa fiduciae* del negocio jurídico de la donación modal, la cual es una consistente con el ordenamiento jurídico español. El incumplimiento del encargo conllevaría a la resolución de la donación con su consecuente reversión de los bienes al donante o a un tercero.

Ante el supuesto de una reversión a favor de terceras personas, la condición resolutoria no tiene efecto de que se deshaga la transmisión al donatario, y de este modo se restablezca a la situación anterior, es decir, la cosa regresa a manos del donante, sino que la cosa, entonces pasa a manos de un tercero, lo que no *restablecería* nada, ya que estaríamos ante una situación diferente a la original<sup>922</sup>. Entonces desde la perspectiva del tercero, "el hecho reversional constituye una condición de cuya realización pende que él adquiera el bien donado,

---

<sup>922</sup> Cf. *ibidem*, página 161.

que el donatario perderá si el hecho se realiza”<sup>923</sup>.

Esto mismo lo encontramos en la sustitución fideicomisaria condicional, específicamente ante el fideicomisario condicional, pues en la donación con reversión condicional a favor de tercero ocurre que el beneficiario de la reversión, como en el caso del fideicomisario, si ocurre o no la condición o evento, entonces el donatario en la donación o el fiduciario o heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria quedan como propietarios<sup>924</sup>. La consecuencia jurídica consistirá que “del hecho de que se trate depende el paso de lo donado al beneficiario de la reversión, así que la condición es suspensiva para éste, y no resolutoria para el derecho del donatario, si bien, ciertamente, cuando la condición se dé, acaba el derecho de éste”<sup>925</sup>.

En relación con los patrimonios separados con lo antes expuesto, entonces ocurre que “el modo elevado a condición resolutoria inscrita o con la

---

<sup>923</sup> Ibidem, página 161.

<sup>924</sup> Cf. ibídem, página 161.

<sup>925</sup> Cf. ibidem, 161 nota 202 citando a “ALBALADEJO, M. y DÍEZ ALABART, S.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol 2º: Artículos 618 a 656 del Código Civil (1990) Sección: Capítulo tercero. De los efectos y limitación de las donaciones Artículo 641.

cláusula de reversión, de forma que si no se cumple la finalidad, se resuelve la donación y vuelven los bienes al fiduciante"<sup>926</sup>. "En la donación igual que en la sustitución fideicomisaria el patrimonio fiduciario se integrará en el patrimonio del donatario y del beneficiario estableciéndose *ex lege* ciertas garantías (registrales, económicas, hipotecarias y administrativas) para que el destino ordenado por el disponente no se frustre"<sup>927</sup>.

A pesar de la inadmisibilidad del concepto de propiedad temporal, si traslada la propiedad condicionada al cumplimiento del modo, entonces sí se puede limitar temporalmente la propiedad<sup>928</sup>.

Si comparamos esta figura jurídica de la donación modal con cláusula de reversión o condición resolutoria con efecto real con la definición del *trust* que ofrece el artículo 2 del Convenio de la Haya de 1985 sobre el *trust*<sup>929</sup>,

---

<sup>926</sup> Ibidem, página 157.

<sup>927</sup> Ibidem, página 158.

<sup>928</sup> Cf. ibidem, página 159.

<sup>929</sup> "A los efectos del presente Convenio, el término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto *inter vivos* o *mortis causa* - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El *trust* posee las características

encontraremos que dicha figura puede enmarcarse sin dificultad alguna en dicha definición. En su primer párrafo expresa: "A los efectos del presente Convenio, el término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto *inter vivos* o *mortis causa* - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* (*fiduciario*) en interés de un beneficiario o con un fin determinado". Como se puede apreciar, la relación jurídica que lo crea puede ser tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Aunque en el ordenamiento jurídico español no está regulado el *trust* mediante ley alguna, sí se podría asemejar a alguna figura jurídica que cumpla con el contenido del mencionado artículo del Convenio de la Haya de 1985 sobre el *trust*. Continúa la definición determinando la existencia de tres sujetos en la relación jurídica existente, el constituyente o

---

siguientes: a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*. Artículo 2, Convención de la Haya sobre el *trust*.



fideicomitente, fiduciante, quien transfiere bienes a otra persona, llamado 'trustee' o fiduciario con el encargo de que los administre en beneficio de un tercero que pudiera ser tanto el constituyente, como también un tercero, llamado entonces beneficiario o fideicomisario. Esta relación jurídica ha de tener un fin específico, determinado, el cual podemos afirmar que constituiría la causa de la fiducia.

Entre las características del *trust*, la primera consiste en "que los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*". Como ya vimos en la donación modal como en las sustituciones fideicomisarias, el fiduciario, ya sea el donatario para el caso de la donación modal como el heredero fiduciario, son propietarios de los bienes transferidos mediante el negocio *inter vivo* o *mortis causa*, y estos bienes constituyen un patrimonio separado de su patrimonio personal o general, que es lo que se refiere el artículo 2 citado cuando expresa que el *trust* es un fondo separado y no forma parte del patrimonio del *trustee*, queriendo significar que no es parte de su patrimonio personal. Este patrimonio separado constituye entonces un patrimonio fiduciario.

La segunda característica nos dice que "el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*". Si el *trustee*, fiduciario, es el propietario de los bienes y por ende del patrimonio separado, entonces es el titular del derecho de propiedad, del dominio, de los bienes que lo constituyen. Esta titularidad consistiría en la titularidad fiduciaria sobre los bienes del patrimonio fiduciario. Mateo y Villa compara esta característica del *trust* con la fiducia de gestión y afirma que se constituye un patrimonio fiduciario bajo la titularidad fiduciaria del fiduciario<sup>930</sup>.

La tercera característica gira en torno a la administración de los fondos confiados al *trustee*, fiduciario. Esta consiste en que "el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del

---

<sup>930</sup> MATEO y VILLA, I., op. cit., página 2599: "Ello implica, en definitiva, que se constituye un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario, pero que no por ello constituye parte de su patrimonio personal, sino del fiduciario, que los activos están, por tanto, a nombre y bajo el control del fiduciario y que éste es el responsable de la administración y, en su caso, enajenación de los bienes que forman el patrimonio fiduciario al objeto de la realización del fin para el que se constituyó dicho patrimonio fiduciario".

*trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga". Las condiciones sobre la administración, gestión, disposición, etc., de los bienes fideicomitidos y todos los poderes y deberes del fiduciario-*trustee* se encuentran en el título del negocio constitutivo del *trust* o la fiducia en forma de donación modal. Todas estas características del *trust* conforme al Convenio de la Haya compaginan sin problema con la figura antes descrita de la donación modal, por lo que sería una figura afín con la expresado en el Convenio. Esto no quiere decir que toda donación modal sea afín con el *trust*, sino que dependiendo de su configuración, podrían coincidir en lo necesario para entenderse incluido el *trust* en la modalidad del Convenio en el ordenamiento jurídico español.

Mateo y Villa tiene la misma posición respecto a la titularidad de los bienes cuando se refiere a la fiducia de gestión la cual la equipara con ciertas limitaciones al *trust*. El *trustee* es propietario de éstos. "Sin perjuicio de las diferencias existentes entre la *fiducia cum amico* y el *trust*, ahora los englobaremos bajo un solo concepto. En este caso, nos encontramos ante un negocio jurídico en cuya virtud una persona transmite un patrimonio a otra para que esta

última lo administre, entendiendo el término administrar en el sentido más amplio posible e incluyendo la posible enajenación de los bienes adquiridos fiduciariamente por el fiduciario, siempre dentro de los términos convenidos por las partes, para hacer aumentar el valor de dicho patrimonio. Concluido el plazo o cumplida la condición, el fiduciario transmitirá los bienes -o los que los sustituyan por subrogación real- a favor del beneficiario. Es, en definitiva, aquel supuesto en el que el fiduciante se obliga a transmitir el dominio de un bien o derecho al fiduciario para que éste realice la administración del mismo, ora conservándolo, ora obteniendo del mismo la mayor cantidad de beneficios económicos posibles mediante su administración y/o enajenación pero, en todo caso, actuando como verdadero titular dominical del bien"<sup>931</sup>.

Precisamente la definición que expone Mateo y Villa choca con la *definición* del *trust* en el ámbito del *common law*, pero si se ajusta a la definición del *trust* según el Convenio de la Haya. "Esta definición que acabamos de dar contrasta con la que podríamos predicar del Derecho anglosajón y que sería: negocio jurídico en virtud del cual una persona deja de ser el propietario de un bien objeto de administración, transfiriendo la

---

<sup>931</sup> Ibidem, página 2598.

titularidad nominal a otra y la titularidad real a una tercera persona beneficiaria (...) está claro que dentro del Derecho anglosajón, y sin perjuicio de lo que diremos más abajo, puede hacerse referencia al fundamental desdoblamiento de la propiedad o a los derechos que el beneficiario, sea o no el fiduciante, ostenta sobre el patrimonio fiduciario. Estas circunstancias no pueden predicarse de nuestro ordenamiento jurídico donde no existe un concepto de propiedad desdoblada y donde ningún titular ostenta derechos reales sobre una cosa sin que haya existido previa *traditio* (cfr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil)<sup>932</sup>.

Este mismo autor hace referencia a la definición que hace el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 2 de diciembre de 1996: "(Y)a que el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de

---

<sup>932</sup> Ibidem, página 2598, nota al calce 31.

ley, el contrato explicado es valido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente - sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de "*traditio*", como sucedería en un pacto de retro, sino que éste solo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 del Código Civil - (...)”<sup>933</sup>.

El último párrafo de la definición afirma que “(e)l hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*”. Esto no se tiene que dar necesariamente en todo *trust*. Como vemos en la donación modal se puede establecer condiciones a favor del donante constituyente.

---

<sup>933</sup> Ibidem, página 2598, nota al calce 32; STS N° 1012/1996, SALA 1ª, DE LO CIVIL, 2 DE DICIEMBRE DE 1996.

## **Capítulo 7: El fideicomiso en el Derecho de Puerto Rico**

### **7.1 Trasfondo histórico**

#### **7.1.1 Legislación e interpretación jurisprudencial**

El fideicomiso llega a Puerto Rico por medio de la legislación del fideicomiso panameño, propuesto por Ricardo Alfaro y adoptado en Panamá en el año 1925. Esta a su vez se hizo siguiendo el sistema anglosajón de "trust"<sup>934</sup>. Durante estos años se generó una corriente jurídica encaminada a incorporar la figura jurídica del trust anglosajón en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Lugo Irizarry nos expresa que "Panamá sentó el

---

<sup>934</sup> "(E)l concepto básico de la institución sobre fideicomiso traída a Puerto Rico por la ley de 1928, que es una adaptación de la que se había hecho en Panamá en el año 1925 siguiendo el sistema anglosajón de 'trust'. *Belaval v. Tribunal de Expropiaciones*, 71 DPR 265, 271 (1950). En la nota al calce (2) expresa el Tribunal Supremo, citando a Luis Sánchez Vilella, *The Problems of the Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions: The Law of Trust in Puerto Rico*. 19 *Tulane Law Review* 374; Ruford G. Patton, *Trust Systems in the Western Hemisphere*. 19 *Tulane Law Review* 398; Ruford G. Patton, *El Futuro de la Legislación de Fideicomiso*. 17 *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 221: "Se demuestra en estos ensayos que fue el Dr. Ricardo J. Alfaro de Panamá quien redactó el proyecto que luego se convirtió en la Ley núm. 9 de 1925 creando el fideicomiso en dicha república y que el Lic. Miguel Guerra Mondragón, siendo Vicepresidente de nuestra Cámara de Representantes, fue el autor del proyecto que luego se convirtió en la Ley núm. 41 de 1928,..., y la cual con algunas modificaciones, fue (sic) tomada de la Ley de Panamá".

precedente del fideicomiso en 1925, seguido por México en 1926. Puerto Rico se unió a la corriente en 1928. Se crearon fideicomisos de concepción local en los países latinoamericanos como Bolivia, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador y Perú”<sup>935</sup>.

Mediante la aprobación de la Ley Número 41 de 23 de abril de 1928<sup>936</sup> se introduce en el ordenamiento jurídico puertorriqueño la figura jurídica del fideicomiso siguiendo el modelo panameño. Esta ley fue aprobada inmediatamente después de la Ley Número 40 de 23 de abril de 1928, la cual permite la creación de las compañías de fideicomisos en Puerto Rico<sup>937</sup>. La Ley de Fideicomisos de 1928 constaba de 42 artículos, los cuales fueron posteriormente incorporados al

---

<sup>935</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis Crítico sobre la Nueva Ley de Fideicomisos de Puerto Rico. Guía para el estudiante y profesional de Derecho. San Juan, Puerto Rico: Ediciones SITUM 2013, página 22.

<sup>936</sup> Ley Número 41 de 23 de abril de 1928, Ley para proveer la constitución de fideicomisos, y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1928, página 295. Leyes y Resoluciones de la Tercera Legislatura Ordinaria de la Undécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de materiales, Imprenta y Transporte. San Juan, P.R. 1928.

<sup>937</sup> Ley Número 40 de 23 de abril de 1928, Ley para disponer la incorporación y reglamentación de compañías de fideicomisos, y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1928, página 235. Leyes y Resoluciones de la Tercera Legislatura Ordinaria de la Undécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de Materiales, Imprenta y Transporte. San Juan, P.R. 1928.



Código Civil de Puerto Rico, cuando éste fue sometido a una amplia reforma en el año 1939, mediante la Ley Número 48 de 28 de abril de 1930<sup>938</sup>. En el artículo 9 inciso (f) de dicha ley se incorpora la figura jurídica del fideicomiso al Código Civil: "La disposición final del Código Civil vigente queda enmendado, mediante la adición de un segundo párrafo, que estará redactado en la forma siguiente: "Quedan además incluídas (sic) en este Código todas las disposiciones de las siguientes leyes que están hoy fuera del mismo y que han sido incorporadas en él por la Comisión Codificadora: (...) (f) Ley para proveer la constitución de fideicomisos, y para otros fines, de 23 de abril de 1928"<sup>939</sup>. De esta manera el fideicomiso vino a formar parte de del articulado

---

<sup>938</sup> *Ley para revisar el Código Civil, enmendando los artículos 26, 27, 28, 29, 31, 153, 175, 180, 195, 228, 229, 242, 256, 264, 271, 274, 276, 302, 303, 319, 476, 477, 491, 498, 503, 524, 529, 616, 622, 636, 654, 701, 702, 703, 719, 720, 742, 830, 910, 913, 1076, 1214, 1315, 1329, 1339, 1451, 1514, 1766, 1773, 1848, la disposición final, los epígrafes del Capítulo IV, Título V, Capítulo IV, Título X, y Capítulo II, Título XI, del Libro I, de la Sección VIII, Capítulo II, Título III, del Libro III, y de la Sección II, Capítulo II, Título VII, del Libro IV, y derogando los artículos 23, 136, 322, 352 y 924, de dicho Código; para insertar en el mencionado Código los artículos 469(a), 469(b), 1344(a) y 1833; para enmendar el artículo 2 de la Ley de 10 de marzo de 1904, Compilación de 1911 No. 3211, ley que ha de ser incorporada al Código Civil, en sustitución de los artículos del mismo que dicha ley derogó; y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1930, página 369. Leyes Y Resoluciones de la Segunda Legislatura Ordinaria de la Duodécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de Materiales, Imprenta, y Transporte. San Juan, Puerto Rico 1930.*

<sup>939</sup> *Ibidem*, página 393.

del Código Civil de Puerto Rico desde 1930. Este se insertó en los artículos 834 al 874, los cuales forman parte del Libro Tercero, que trata de los diferentes modos de adquirir la propiedad, en el Título III, de las sucesiones, Capítulo III, de la constitución de fideicomisos. Tomando en consideración la aprobación de las dos leyes antes mencionadas se puede concluir que el legislador buscaba introducir en el ordenamiento jurídico puertorriqueño la institución, figura jurídica del trust.

La definición del fideicomiso se mantuvo igual tanto en la ley de 1928 como su incorporación al Código Civil de 1930 hasta la aprobación de la nueva ley de fideicomisos de 2012: "Las siguientes son las definiciones que, a los efectos de este Código, se darán a los términos que a continuación se expresan: El fideicomiso es un mandato irrevocable a virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona, llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene la que los trasmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo o de un tercero llamado fideicomisario"<sup>940</sup>.

---

<sup>940</sup> Art. 834 del Código Civil de Puerto Rico. Definición de Fideicomiso; 31 L.P.R.A. sec. 2541. Derogado.

Posteriormente la Asamblea Legislativa de Puerto Rico enmendó los artículos 834, 839, 841, 843, 845, 846, 848 y 869 del Código Civil mediante la Ley Número 211 de 8 de mayo de 1952<sup>941</sup>. Esta ley añadió el siguiente párrafo a la definición del fideicomiso: "El fideicomiso con fines no pecuniarios es una relación fiduciaria respecto a bienes, que surge como resultado de la declaración del propósito de crearlo, e impone a la persona en posesión de los bienes deberes en equidad de explotar los mismos para un fin no pecuniario"<sup>942</sup>.

En el caso de *Sánchez González v. Registrador*<sup>943</sup>, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se enfrentó a la controversia de si los bienes del fideicomiso caritativo (*charitable trust*) eran objeto de usucapión, prescripción adquisitiva. En la opinión del caso se realizaron expresiones en relación a la inclusión de dicho tipo de

---

<sup>941</sup> *Ley Número 211 de 8 de mayo de 1952. Ley para enmendar los artículos 834, 839, 841, 843, 845, 846, 848 y 869 del Código Civil de Puerto Rico; convalidar los fideicomisos con fines no pecuniarios ya existentes; y para otros fines.* Leyes de la Cuarta Legislatura Ordinaria de la Decimoséptima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Departamento de Hacienda. Oficina de Servicios - División de Imprenta. San Juan, Puerto Rico 1952. *Leyes de Puerto Rico 1952*, página 505.

<sup>942</sup> Art. 834 del Código Civil de Puerto Rico Definición de Fideicomiso; 31 L.P.R.A. sec. 2541. Derogado.

<sup>943</sup> *Sánchez González v. Registrador de la Propiedad de Barranquitas*, 106 D.P.R. 361 (1977).

fideicomiso en el Código Civil. "La Ley Núm. 211 de 8 de mayo de 1952, de aplicarse al caso presente, refuerza nuestra conclusión en *Iglesia Católica*. Tal ley creó el 'fideicomiso con fines no pecuniarios' y a la vez convalidó todo fideicomiso de esa índole creado con anterioridad a la vigencia del estatuto. 'El fideicomiso con fines no pecuniarios', expresa la ley, 31 LPRA sec. 2541, 'es una relación fiduciaria respecto a bienes, que surge como resultado de la declaración del propósito de crearlo, e impone a la persona en posesión de los bienes deberes en equidad de explotar los mismos para un fin no pecuniario'. Esta definición es una traducción literal de la utilizada en el *Restatement of the Law, Trust, second, sec. 348*, para describir el *charitable trust*"<sup>944</sup>.

El Tribunal Supremo continúa la discusión sobre la asunción o no del fideicomiso caritativo o de fines no pecuniarios, el cual era una figura jurídica similar a la fundación y que se había eliminado del ordenamiento jurídico puertorriqueño. "De resolverse que nuestra legislación creadora del fideicomiso de fines no pecuniarios en 1952 tuvo el efecto de adoptar la totalidad del régimen jurídico que gobierna el *charitable trust* norteamericano aquí terminaría el

---

<sup>944</sup> Ibidem, página 372.

caso presente. La cuestión es debatible. El historial de la Ley Núm. 211 de 8 de mayo de 1952 no es del todo claro. De un lado se define el fideicomiso de fines no pecuniarios, como hemos visto, en forma análoga al *charitable trust*, pero del otro lado la asamblea Legislativa eliminó del anteproyecto de ley una expresión específica al efecto de que la institución del fideicomiso de fines no pecuniarios sería 'equivalente al término *charitable trust* de la ley común norteamericana'. Debe también recordarse que la recepción por vía de la jurisprudencia de la doctrina angloamericana de los fideicomisos implícitos no ha impedido que este Tribunal, contrario a la regla del derecho común, les imponga plazo de prescripción a las acciones para exigir su cumplimiento. *Rossy v. Tribunal*, 80 DPR 729, 751-752 (1958)"<sup>945</sup>. En la nota al calce 10 el Tribunal Supremo expresa: "Véase el cambio que sufre el P. del S. 12 de 13 de febrero de 1952. En la versión impresa del proyecto según aprobado finalmente por ambas cámaras consta, por tachadura, el cambio ocurrido. Archivos de la secretaría del Senado. Consúltense también las Actas de la Cámara de 1952, págs. 1174-1175"<sup>946</sup>. También en la nota al calce 1 en el

---

<sup>945</sup> *Sánchez González v. Registrador de la Propiedad de Barranquitas*, 106 D.P.R. 361, 374 (1977).

<sup>946</sup> *Ibidem*, página 374. Para ver el desarrollo jurisprudencial del fideicomiso puertorriqueño véanse las siguientes decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico:

caso de Sánchez el Tribunal Supremo llama la atención que la figura de la fundación fue eliminada en la reforma al Código Civil de 1930 y que con la incorporación del fideicomiso con fines no pecuniarios se trata de subsanar dicho error<sup>947</sup>.

---

**Desde 1935 hasta 1950:** *Baetjer v. El Registrador de la Propiedad de Guayama*, 48 D.P.R. 647 (1935); *McCormick v. González Martínez*, 49 D.P.R. 473 (1936); *Douglas v. El Registrador de la Propiedad de Mayagüez*, 55 D.P.R. 665 (1939); *Fernández Látimer v. Laloma*, 56 D.P.R. 367 (1940); *Ruiz v. Ruiz*, 61 D.P.R. 823 (1943); *García v. Rexach*, 65 D.P.R. 526 (1945); *Ramírez v. Ramírez*, 65 D.P.R. 544 (1946); *Belaval v. Tribunal Expropiaciones de Puerto Rico*, 71 D.P.R. 265 (1950); **Desde 1954 hasta 2011:** *Clínica Dr. Mario Juliá, Inc. v. Secretario de Hacienda*, 76 D.P.R. 509 (1954); *Luperena v. Autoridad de Transporte de Puerto Rico*, 79 D.P.R. 464 (1956); *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 78 D.P.R. 412 (1955) revocado por *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 80 D.P.R. 16 (1957); *Delgado Rodríguez v. El Registrador de la Propiedad de Guayama*, 79 D.P.R. 40 (1956); *Rossy v. Tribunal Superior de Puerto Rico*, 80 D.P.R. 729 (1958); *Boscio v. Secretario de Hacienda*, 84 D.P.R. 412 (1962); *Vda. de Fuxá v. Torres Aguilar*, 85 D.P.R. 285 (1962); *Díaz Lamoutte v. Luciano Maldonado*, 85 D.P.R. 834 (1962); *Clavel Rodríguez v. El Registrador de la Propiedad de Ponce*, 95 D.P.R. 348 (1967); *Sánchez González v. Registrador de la Propiedad de Barranquitas*, 106 D.P.R. 361 (1977); *Ab Intestato Marini Pabón*, 107 D.P.R. 433 (1978); *Dávila Vega v. Agrait*, 116 D.P.R. 549 (1985); *Kogan Huberman v. El Registrador de la Propiedad de San Juan*, 125 D.P.R. 637 (1990); *Méndez v. Fundación*, 165 D.P.R. 253 (2005); *Transamerica Occidental Life Insurance Company (TOLIC) v. Febles Gardián*, 170 D.P.R. 804 (2007); *Bonet Cardona v. Holahan y otros*, 181 D.P.R. 582 (2011).

<sup>947</sup> “Véase los Arts. 27, 28, 29 y 31 del Código Civil de 1902, sorprendentemente enmendados por la Ley Núm. 48 de 28 de abril de 1930 para eliminar las fundaciones de nuestro derecho a pesar de que la Ley de Fideicomisos de 1928 no proveía para fideicomisos de fines benéficos, error que se trata de curar de otro modo en la Ley Núm. 211 de 8 de mayo

Desde entonces dicho articulado no había sido enmendado y solamente ha sido objeto de interpretación jurisprudencial. Debido a la falta de actualización de los artículos regulatorios del fideicomiso durante varias décadas "deja la figura del fideicomiso puertorriqueño obsoleto e ineficaz con respecto a la realidad económica y social actual. Hace setenta y dos años era muy diferente la sociedad y la economía de nuestro País. Resulta por tanto imperativo la elaboración de una reglamentación digna de nuestros tiempos. El desarrollo actual del fideicomiso ha tenido que ser fundamentado a base de la jurisprudencia"<sup>948</sup>.

### **7.1.2 La doctrina del desdoblamiento de la propiedad**

En la ley de 1928 que se incorporó al Código Civil de 1930 se definió en aquel momento el fideicomiso como un mandato irrevocable: "El fideicomiso es un mandato irrevocable a virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona, llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene la que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo

---

de 1952". *Sánchez González v. Registrador de la Propiedad de Barranquitas*, 106 D.P.R. 361, 371 (1977).

<sup>948</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Fideicomisos, Ley Número 219 de 2012, L.P.R. 2012, páginas 2038-2039.

o de un tercero llamado fideicomisario”<sup>949</sup>. Aunque no es un mandato regular es uno especial. Los bienes del mandatario, en este caso, se inscriben en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario: “Los bienes inmuebles transferidos por fideicomiso serán inscritos en el registro a nombre del fiduciario, como en el caso de cualquiera otra trasmisión de dominio; y se inscribirán como gravámenes sobre los bienes aquellas disposiciones del fideicomiso por las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenarlos o gravarlos”<sup>950</sup>. Estos artículos en ningún momento hablan sobre la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el fideicomiso. El definir el fideicomiso en la legislación puertorriqueña proviene de la propuesta de Alfaro en el fideicomiso panameño. Precisamente Alfaro estaba en contra de asumir dicha doctrina que es incompatible con el derecho de propiedad en el derecho civil.

En una comparación entre las legislaciones de Panamá y Puerto Rico, Patton expone lo que Alfaro

---

<sup>949</sup> Art. 834 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. sec. 2541, derogado.

<sup>950</sup> Art. 871 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. sec. 2578, derogado.



proponía al respecto: "Pero durante la existencia del fideicomiso, el fiduciario es un 'propietario regular, ordinario, gozando y desempeñando todos los poderes y atribuciones inherentes a los derechos de propiedad, actuando de la misma manera como cuando los romanos constituían un heredero lícito o legatario para el propósito de *fideicommissum* ... De esta manera, el fiduciario tiene poder para gravar, vender, donar, o de otra manera, disponer de la propiedad que le ha sido transmitida a él, exceptuando aquella que está obligado a retener, administrar y conservar para beneficio del beneficiario con los términos del instrumento del fideicomiso'"<sup>951</sup>.

"En las frases citadas el doctor Alfaro procede a explicar el carácter del título tenido por el fiduciario como sigue: 'Esto significa que el derecho de dominio del fiduciario en el nuevo fideicomiso no es absoluto sino limitado. Esta limitación es enteramente conforme con el espíritu y con la tradición del derecho civil. En el sistema jurídico latino no se puede reconocer el dominio como real en un individuo y ficticio en el

---

<sup>951</sup> PATTON, R. G., Los sistemas de fideicomiso en el hemisferio occidental. Revista de la Universidad de Puerto Rico. Volumen XV Noviembre-Diciembre 1945 Número 2, páginas 20-21.

otro. Pero concebimos el dominio como un haz de atributos, efectos, o personas, como sucede por ejemplo, en el usufructo, en las servidumbres, en el uso y en la habitación, o en el caso de que se pacten condiciones que determinen la transmisión de la propiedad de una persona a otra, o en el caso de ciertos contratos que crean derechos reales, como la prenda, la hipoteca, la anticresis, el arrendamiento, la enfiteusis o el comodato. En todos estos casos el dominio del nudo propietario está limitado por el derecho real que un tercero haya adquirido por razón de los mencionados contratos. De idéntica manera, el dominio que se reconoce al fiduciario está limitado por los derechos del fideicomiso. En esta forma el *trust* inglés ha sido ya trasplantado con toda facilidad al derecho civil<sup>952</sup>. Es por esta razón que en el artículo 865 del Código Civil de Puerto Rico de 1930 expresa que los derechos y acciones del fiduciario corresponden al pleno dominio con las limitaciones que dispone el mismo artículo<sup>953</sup>.

---

<sup>952</sup> Ibidem, página 21 nota al calce 58.

<sup>953</sup> "El fiduciario tendrá todos los derechos y acciones correspondientes al pleno dominio; pero no podrá enajenar o gravar los bienes fideicomitidos a menos que para ello tenga autorización expresa o a menos que, sin enajenarlos o gravarlos, sea imposible la ejecución del fideicomiso". Art. 865 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L.P.R.A. sec. 2572. (Subrayado nuestro).

A pesar de que el historial legislativo de la incorporación del fideicomiso puertorriqueño va en contra de una incorporación de la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en nuestro ordenamiento, según se aprecia en las palabras de Alfaro, el Tribunal Supremo de Puerto Rico asume dicha doctrina de forma jurisprudencial mediante los casos de *Belaval v. Tribunal de Expropiaciones* (71 D.P.R. 265 (1950)), *Clínica Dr. Juliá v. Secretario de Hacienda* (76 D.P.R. 509 (1954)) y *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda* (80 D.P.R. 16 (1957)).

En los informes del Senado y de la Cámara de Representantes de Puerto Rico se hace alusión a esta problemática y toman posición introduciendo la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el ordenamiento jurídico puertorriqueño en el caso específico del fideicomiso. Sus respectivos informes expresan que "(e)n los casos de *Belaval v. Tribunal de Expropiaciones* (71 D.P.R. 265 (1950)), y en *Álvarez Feito v. Srío. Hacienda* (80 D.P.R. 16 (1957)), el Tribunal Supremo hace referencia a lo que denomina el 'título legal' del fiduciario y al 'interés beneficioso' (*beneficial interest*) del fideicomisario. Los fideicomisarios son los dueños de la 'propiedad en equidad'. Sin embargo, la escisión del título propietario es ajena al derecho civil y su uso fue repudiado por

Alfaro. En el caso de *Clínica Dr. Juliá v. Secretario de Hacienda* (76 D.P.R. 509 (1954)) el Tribunal Supremo sanciona positivamente la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el fideicomiso”<sup>954</sup>.

Dichos informe continúan exponiendo sus fundamentos para su decisión. “En el caso de *Álvarez Feito v. Secretario Hacienda*<sup>955</sup> el Tribunal Supremo asume claramente dicha doctrina mediante la siguiente expresión:

*‘El punto básico en que debemos hacer hincapié al comenzar es que un fideicomiso el título legal de los bienes y de las utilidades que resultan de dichos bienes son dos cosas separadas. El fiduciario es el dueño del título legal, mientras que la propiedad en equidad descansa en los beneficiarios. Esta división entre el título legal y la propiedad en equidad es la médula del concepto de fideicomiso. Es contraria a los conceptos del derecho civil en que el fideicomiso, según existe en el derecho angloamericano, era desconocido anteriormente. Pero el fideicomiso*

---

<sup>954</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTE DE PUERTO RICO, 8 de mayo de 2012, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712, página 10; SENADO DE PUERTO RICO, 25 de junio de 2012, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712, páginas 8-9.

<sup>955</sup> *Álvarez Feito v. Secretario Hacienda*, 80 D.P.R. 16, 20 (1957). En dicho caso el juez ponente fue el Juez Presidente A. Cecil Snyder, quien había sido nombrado Juez Asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico por el presidente de EE.UU. de América Roosevelt en 1942 y posteriormente nombrado presidente de dicho cuerpo por el primer gobernador puertorriqueño electo Luis Muñoz Marín en 1953.

se ha hecho formar parte de nuestro Código Civil”<sup>956</sup>.

Este caso es un ejemplo como la figura del fideicomiso va tomando una forma híbrida entre el *trust* de corte anglosajón y los fideicomisos en las jurisdicciones de derecho civil.

Posteriormente en el caso de *Dávila v. Agrait*<sup>957</sup>, el Tribunal Supremo se enfrenta a una controversia en la que tiene que relacionar el fideicomiso con el sistema testamentario puertorriqueño Fiol Matta comenta al respecto:

*“Opinions that use both civilian and common law methodology during this period are often a consequence of conceptual borrowing from common law. This is the case of Dávila v. Agrait, where the imported concept is that of the trust. It is difficult to insert the concept of trust in a system of property to which ‘equitable property’ is foreign, but it is even more difficult to coordinate it with the system of forced inheritance derived from Spanish law. In fact, the court decides that the only way to deal with the institution of the trust is to look to common law, since reference to civilian concepts would undermine the legislative purpose in making it part of our legal system. It finds its sources in American treaties on the law of trust, and in the Restatement (Second) on Trust. The resulting doctrines seriously undermine the coherence of*

---

<sup>956</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTE DE PUERTO RICO, op. cit., página 10; igual en SENADO DE PUERTO RICO, op. cit., página 9.

<sup>957</sup> 116 D.P.R. 549 (1985).

*Puerto Rico's inheritance law and the law of gratuitous transfers (donations)"*<sup>958</sup>.

En una posición diferente Trías Monge entiende que en dicho caso el Tribunal Supremo asumió una postura de incorporación adecuada de elementos del trust anglosajón en el derecho puertorriqueño: "*Dávila v. Agrait* examina la figura del fideicomiso en nuestro derecho. A tal efecto estudia la fiducia romana y el trust anglosajón, así como distintos tipos de esfuerzos para incorporar el *trust* anglosajón en diversas comunidades donde priva la cultura civilista. Contra este trasfondo es que se examina nuestra legislación de 1928, tomada de Panamá, sobre esta materia. Tras observar que 'El fideicomiso puertorriqueño es una institución con caracteres particulares que incorpora los principios del trust anglosajón e intenta armonizarlos con nuestra tradición civilista...' (*Dávila v. Agrait*, 116 D.P.R. 549, 554 (1985)), el Tribunal, por voz de Negrón García, se negó con acierto, en nombre de tal armonización, a constreñir la figura a los estrechos límites de la acepción literal de la primitiva ley de 1928, basada en la obra del panameño Alfaro. El Tribunal afirmó: 'La trayectoria histórica y comparada antes relacionada, al igual que en otras áreas del

---

<sup>958</sup> FIOLE MATTA, L., *Civil Law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico*. 40 Am. J. Comp. L. página 801 (1992).

Derecho, invita a una profunda reflexión sobre la formulación de nuestra visión del fideicomiso..., la incorporación del fideicomiso anglosajón a nuestra jurisdicción implica que debemos enriquecernos de su acervo cultural y jurídico. Su armonización conforme a los preceptos del derecho civil no puede constreñir la institución que se quiso integrar. Nutrámosle de la flexibilidad que caracteriza al trust anglosajón y atemperemos nuestra ley abandonando los criterios de rigidez e inmovilidad de la fiducia romana. A modo de compendio, nuestra adaptación de la ley panameña de fideicomisos no creó un todo coherente e integrado a perfección. Nuestra ley tiene zonas grises, lagunas y vacíos. Hasta tanto se legisle sobre el particular, esas deficiencias no se atienden adhiriéndonos exclusivamente al respetable pensamiento de Alfaro. La lección es clara. La creación del fideicomiso puertorriqueño tomó como punto de partida la obra del ilustre panameño, mas la intención central fue incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, con ajustes, el *trust* anglosajón. Esta innegable realidad sirve de guía. Es hacia las características de éste donde hay que acudir para resolver, con debido respeto a nuestra tradición civilista, muchas de las interrogantes que plantea nuestra Ley Núm. 41 de Fideicomisos de 25 de abril de 1928'. (*Dávila v. Agrait*, 116 D.P.R. 549, 556-565 (1985)). *Dávila v. Agrait*, supra, ilustra,..., que el

contraste entre el Tribunal de las últimas décadas y el de las primera dos no estriba en la substitución de un chovinismo jurídico por otro. Antes -todavía no nos hemos librado por entero de ese uso- se tomaba prestado por vocación asimilista, por falta de adecuada estimación de lo propio, por falta de la investigación debida, por atontamiento o por indolencia. Hoy se rechaza ese tipo de empréstito que lo que lleva es al empobrecimiento y bancarrota de nuestra primera cultura jurídica, pero se acoge sin reservas al préstamo jurídico consciente y justificado"<sup>959</sup>.

Sobre la naturaleza híbrida del fideicomiso puertorriqueño antes de la nueva Ley de Fideicomisos la autora Lugo Irizarry comenta: "En Puerto Rico se reconoce la separación entre el título legal y la propiedad en equidad en un fideicomiso"<sup>960</sup>. Lugo Irizarry se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya antes mencionados de *Belaval v. Tribunal de Expropiaciones*, 71 DPR 265 (1950) y *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 80 DPR 16 (1957)). Esta autora hace incapié en la expresión del

---

<sup>959</sup> TRÍAS MONGE, J., *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico. El caso de la responsabilidad civil extracontractual*. Orford, New Hampshire: Equity Publishing 1991, páginas 351-352.

<sup>960</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., *El fideicomiso en Puerto Rico: Un híbrido jurídico ante el futuro*. Puerto Rico. 1996, página 33.



jurisprudencial referente al carácter particular de la institución del fideicomiso puertorriqueño, haciéndola diferente de la figura jurídica del mandato como era que se definía al fideicomiso en el artículo 834 del Código Civil de Puerto Rico ya derogado<sup>961</sup>.

Nuestro más alto Tribunal ha indicado que el fideicomiso puertorriqueño es una institución con carácter particular, por lo que reconoce que el fideicomiso es una figura jurídica diferente al mandato y que está regulada por disposiciones especiales distintas. Ella fundamenta su expresión en el caso de Kogan Hubermann v. El Registrador de la Propiedad de San Juan,<sup>962</sup> quien a su vez utiliza como precedente la expresión del caso de Dávila Vega v. Agrait, *supra*<sup>963</sup>.

Nuestro fideicomiso es una figura híbrida en la que resulta difícil precisar los contornos de su conmixción civilista y anglosajona; tomando en cuenta que el trust estuvo sometido a la jurisdicción de la equidad, sin sujeción a los

---

<sup>961</sup> Ibidem, página 33.

<sup>962</sup> 125 D.P.R. 636, 661 (1990)

<sup>963</sup> 116 DPR 549, 554 (1985): "El fideicomiso puertorriqueño es una institución con caracteres particulares que incorpora los principios del trust anglosajón e intenta armonizarlos con nuestra tradición civilista".

rigorismos del Derecho común. (Dávila v. Agrait, 116 DPR 549, 569 (1985))”<sup>964</sup>.

### **7.1.3 La relación del fideicomiso con la sustitución fideicomisaria en el derecho puertorriqueño**

Una institución jurídica muy cercana con el fideicomiso y que en ocasiones se ha confundido es la sustitución fideicomisaria. Ésta se regula el Código Civil de Puerto Rico en los artículos 710-718. Estas normas forman parte del tema de la sustitución testamentaria. En el capítulo III, del Título III del Libro Tercero del Código Civil de Puerto Rico se trataba *De la constitución de fideicomisos*, artículos 834 al 874. Estos artículos fueron derogados y eliminados del Código Civil por virtud de la nueva Ley de Fideicomisos de 2012. Como se expresó anteriormente estos artículos no se referían a los mismos fideicomisos de la sección 3<sup>a</sup> del capítulo II (De la herencia) del mismo Libro III. Los fideicomisos de los artículos 834-874 provenían del Derecho panameño, el cual a su vez importó la figura jurídica del fideicomiso del *trust* anglosajón<sup>965</sup>. Esta figura no

---

<sup>964</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., *El fideicomiso en Puerto Rico*, páginas 33-34.

<sup>965</sup> Cf. VÉLEZ TORRES, J. R., *op. cit.*, página 359; También ver: PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos V*, páginas 526-530.

tiene paralelo en el Código Civil Español. El *trust* o fideicomiso ha sido objeto de una convención internacional en el ámbito de derecho privado debido a sus implicaciones comerciales, económicas, financieras y uno de los temas de la X Jornada Notarial Iberoamericana. Una de las recomendaciones del primer tema ("Fiducia<sup>966</sup> y Trust") de dicha jornada expresan entre otras cosas que "se promueva la ratificación del convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 en aquellos países que no tienen regulada en forma expresa esta institución, teniendo en cuenta la flexibilidad y amplitud con la que este tratado permite la incorporación de la figura a las respectivas normativas"<sup>967</sup>.

---

<sup>966</sup> Referente al nombre de fiducia y no de fideicomiso pareciera que hay autores que lo utilizan como sinónimos. "En época moderna, basada en la fiducia romana, se ha desarrollado el concepto de fiducia por los autores. La fiducia puede definirse como la transmisión de la propiedad de un patrimonio a una o varias personas, llamadas fiduciarias, encargadas de administrarlo en el interés de otro u otros, llamados beneficiarios, y a los que los fiduciarios deberán entregar el patrimonio una vez finido el plazo de duración de la fiducia". CLARET y MARTÍ, P., op. cit., página 13.

<sup>967</sup> Cf. CONCLUSIONES DE LA X JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA. Tema I: Fiducia y Trust. Valencia, España. 22-25 de octubre de 2002.

<http://www.colescba.org.ar/Portal/noticias/X%20jornadaiberoamericanaconclu.htm>. Recuperado 25 de enero de 2003;

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D y BORRAS, A., Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993). Traducción al castellano. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, páginas 335-345. Ver también, "Convenio

Vélez Torres expone la relación entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso en el derecho puertorriqueño: "La sustitución fideicomisaria, que dicho sea de paso, es la única figura de las reglamentadas por el Código civil español que en algo se asemeja a la figura del *trust* anglosajón, recibe en nuestro Código, la misma reglamentación que en España. Pero, a pesar de este hecho, hay que señalar que ya, en Puerto Rico, (...), se incorporó al Código una nueva sección dedicada a la reglamentación, aunque quizás imperfecta, de la figura del fideicomiso (*trust*) tal como se concibe y entiende en los países donde rige el sistema de Derecho anglosajón"<sup>968</sup>.

Lugo Irizarry comenta en relación a la sustitución fideicomisaria que en ésta el fiduciario es realmente propietario de los bienes por lo que guarda relación con la figura del fideicomiso en este aspecto. "En la substitución

---

sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento" suscrito en La Haya el 1 de julio de 1985: "Convention on the Law Aplicable to Trust and on their Recognition", [http://www.jurisint.org./pub/01/en/doc/116\\_1.htm](http://www.jurisint.org./pub/01/en/doc/116_1.htm). Recuperado 25 de enero de 2003.

<sup>968</sup> VÉLEZ TORRES, J. R., op. cit., página 176; ver también: VELÁSQUEZ, G., Teoría del Derecho Sucesorio Puertorriqueño. 2da edición revisada. Hato Rey: Equity de Puerto Rico, 1968, páginas 250-251, entiende que grados significa llamamiento y no grados de parentesco.

fideicomisaria la posición jurídica del fiduciario del no es otra que la de un verdadero propietario de los bienes fideicomitidos como medio indispensable para lograr una institución sucesiva de heredero sin las limitaciones del usufructuario. En el fideicomiso puro, el fiduciario es un ejecutor de la voluntad del causante. El orden sucesivo es el rasgo esencial de la substitución fideicomisaria. (...) A diferencia del fideicomiso puro, como propietario temporal, el heredero sujeto a substitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de su restitución, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa (Art. 783, Código Civil de España). Es decir, que el primer llamado tiene un **dominium ad tempus** y sus actos de enajenación no pueden rebasar el ámbito temporal sin autorización del testador. El artículo 710 del Código Civil de Puerto Rico señala que 'Las substituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador'. Este artículo se encuentra en el capítulo del Código Civil correspondiente a la herencia y no es parte de las disposiciones específicas del fideicomiso puro. (...) En la substitución, tanto el fiduciario como

los fideicomisarios reciben el mismo beneficio sucesivamente"<sup>969</sup>.

Jurisprudencialmente se ha definido la sustitución fideicomisaria según el artículo 710<sup>970</sup> del Código Civil de Puerto Rico "como una disposición testamentaria 'en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia'. (...) Los caracteres o requisitos esenciales de esta sustitución, siguiendo los diversos preceptos del Código y atendiendo a su naturaleza, han sido así establecidos por la jurisprudencia y la doctrina: 1-Doble llamamiento hecho por el testador sobre los mismos bienes a favor de dos personas llamadas a recogerlos sucesivamente, la una después de la muerte de la otra. 2-Obligación de conservar y transmitir los bienes. 3-Orden sucesivo establecido por el testador en sus llamamientos, según el cual se debe entender que el fideicomisario viene a la herencia en el momento de la muerte del primer llamado"<sup>971</sup>.

Según González Tejera el fideicomiso en testamento para que sea exigible ha de ser claro

---

<sup>969</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., El fideicomiso en Puerto Rico, páginas 132-133

<sup>970</sup> Este artículo es el equivalente al artículo 781 de Código Civil Español.

<sup>971</sup> Díaz Lamoutte v. Luciano, 85 D.P.R. 834, 851-852 (1962).

su mandato. "(P)ara que sea exigible el derecho del fideicomisario, el testador debió haberle hecho claro su mandato al fiduciario de que conservara los bienes para que en su día los transmitiera al ulterior heredero. Cuando el causante meramente expresa el deseo de que el primer llamado conserve para el segundo los bienes que le deja, no estamos frente a una sustitución fideicomisaria tradicional, como se entiende en el Derecho vigente"<sup>972</sup>.

La jurisprudencia ha expresado que "(e)l fideicomiso puertorriqueño es una institución con caracteres particulares que incorpora los principios del *trust* anglosajón e intenta armonizarlos con nuestra tradición civilista"<sup>973</sup>. Por esta razón ha de diferenciarse de la figura de la sustitución fideicomisaria en el ámbito sucesoral, aunque el legislador la haya incorporado en un capítulo de las sucesiones. Además, la jurisprudencia recalca que "(e)l Código Civil español no emplea en ninguna parte la palabra fideicomiso en su acepción pura y simple limitando el alcance del significado de la

---

<sup>972</sup> GONZÁLEZ TEJERA, E., Derecho de sucesiones. Tomo II La sucesión testamentaria. 2da edición. San Juan, Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2002, página 626.

<sup>973</sup> Dávila Vega v. Agrait, 116 D.P.R. 549, 554(1985).

sustitución al establecimiento de un orden de sucesión”<sup>974</sup>.

## **7.2 La actual legislación sobre fideicomisos en Puerto Rico**

### **7.2.1 La Nueva Ley de Fideicomisos**

Debido a la necesidad de actualizar la institucion del fideicomiso puertorriqueño, la legislatura aprobó una nueva legislación en el año 2012 y derogó todo el articulado que lo reglamentaba en el Código civil de Puerto Rico y estableció una nueva regulación en una legislación especial. “En la actualidad, y en la práctica, el fideicomiso ha superado enormemente su regulación en el Código Civil. Debido a la vaguedad, a las lagunas jurídicas y la falta de definición que permean las disposiciones relativas al fideicomiso, el Tribunal Supremo ha incorporado doctrinas del derecho anglosajón y ha utilizado el derecho comparado para poder resolver

---

<sup>974</sup> Ibidem, página, 557; Para una discusión de la relación entre el fideicomiso y el derecho sucesorio ver: SÁNCHEZ VILELLA, L. F., El Fideicomiso Puertorriqueño II. Puede constituirse fideicomiso sobre las legítimas? En: Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico Vol. 25 (1965) páginas 313-325.



controversias que sobre el fideicomiso se le han planteado”<sup>975</sup>.

Los fundamentos para la nueva legislación se encuentra en la Exposición de Motivo de la nueva ley: “Esta reforma debe estar dirigida a promover el uso de la institución ya no sólo en su aspecto familiar y sucesorio, sino como mecanismo de desarrollo económico para Puerto Rico. La normativa actual sobre fideicomisos debe ser ampliamente enmendada atemperándola a las necesidades actuales de la población y de la economía. Para ello, hace falta también enmendar las leyes fiscales y contributivas para lograr que el fideicomiso puertorriqueño sea un instrumento más atractivo a los inversionistas y a los ciudadanos del país”<sup>976</sup>.

El derecho que rige los fideicomisos en Puerto Rico está constituido por la Ley de Fideicomisos, Ley Número 219 del 31 de agosto de 2012. Esta ley comenzó su vigencia inmediatamente después de su aprobación conforme a lo establecido en su artículo 73.

---

<sup>975</sup> Exposición de Motivos de la LEY DE FIEICOMISOS, Ley Número 219, 2012, L.P.R. 2012, página 2039.

<sup>976</sup> Ibidem, página 2040.

La aprobación de esta ley tuvo el efecto de derogar los artículos 834 al 874 del Código Civil de Puerto Rico de 1930 y de constituir la nueva ley en un cuerpo de normas jurídicas separadas del Código Civil, es decir, en una ley especial que regulara todo lo referente a los fideicomisos en Puerto Rico, según se expresara en la Exposición de Motivos de dicha ley.

La definición actual sobre el fideicomiso en Puerto Rico se expresa en el artículo 1 de la ley: "El fideicomiso es un patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente le transfiere bienes o derechos, y que será administrada por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con las disposiciones del acto constitutivo y, en su defecto, conforme a las disposiciones de esta Ley".

Para propósito del presente trabajo es importante señalar que el fideicomiso es un patrimonio autónomo. Esto se explicará en el segundo artículo de la ley cuando dice "(1)os bienes o derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio totalmente autónomo y separado de los patrimonios personales del fideicomitente, del

fiduciario y del fideicomisario, que queda afectado al fin particular que se le confiera al momento de la constitución". Mediante esta nueva legislación el fideicomiso puertorriqueño estará constituido por un patrimonio autónomo, separado y de afectación. Por ello no será un patrimonio personal.

La consecuencia de clasificar el patrimonio fideicomitado como uno autónomo y separado de los patrimonios personales del fideicomitente (o constituyente), del fiduciario y del fideicomisario (o beneficiario) es que "(m)ientras subsista el fideicomiso, este patrimonio queda exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fideicomitente, el fideicomisario y del fiduciario, salvo lo establecido en la Sección Sexta de esta Ley". En dicha sección el artículo 44 de la ley establece los derechos que tendrían los acreedores del fiduciario y del fideicomisario en relación a la propiedad del fideicomiso e intereses beneficiarios<sup>977</sup>. Según Lugo Irizarry

---

<sup>977</sup> "Los acreedores tendrán los siguientes derechos con relación a los bienes, activos o capital del fideicomiso: (A) Con excepción de lo dispuesto expresamente en los incisos (b) y (c) de este Artículo, el acreedor de un beneficiario de un fideicomiso tendrá contra o en relación al interés del beneficiario o la propiedad en dicho fideicomiso solamente los derechos que expresamente le concedan al acreedor los

dicho artículo está inspirado en la sección 3536 del Código de Fideicomisos del Estado de Delaware de los EE.UU. y constituye algo nuevo en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los derechos

---

términos del instrumento que crea o define el fideicomiso o por las leyes de Puerto Rico.

Las disposiciones de este inciso tendrán vigencia y de ninguna manera se limitarán por la naturaleza o extensión del interés del beneficiario, aunque dicho interés esté o no sujeto a la discreción de uno o más fiduciarios, y aunque el beneficiario haya tomado o esté por tomar cualquier acción.

(B) Todo interés en un fideicomiso, en propiedad del fideicomiso, o en el ingreso de cualesquiera de las mismas, que no esté sujeto a los derechos de los acreedores de un beneficiario, de conformidad con este Artículo, estará exento y libre de ejecución, embargo, evicción, subasta y de cualesquiera otros remedio o procesos legales fueren instituidos por o a nombre de un acreedor, incluyendo sin limitación alguna, acciones legales o reclamaciones contra uno o más fiduciarios u otros beneficiarios que soliciten un remedio que directa o indirectamente pueda afectar los intereses del beneficiario tal y como, a manera de ilustración y no de limitación, una orden, emitida a solicitud de un acreedor o del propio tribunal, que tuviera el efecto de:(i)Obligar al fiduciario o a un beneficiario a notificar a un acreedor sobre cualquier distribución hecha o por realizarse; (ii)Obligar al fiduciario o al beneficiario a realizar una distribución a pesar de que dichas distribuciones puedan o no estar sujetas a la discreción del fiduciario; o (iii)Prohibir al fiduciario o al beneficiario realizar una distribución a pesar de que dichas distribuciones puedan o no estar sujetas a la discreción del fiduciario.

Excepto por lo dispuesto en esta Ley o en los términos del fideicomiso, ningún fiduciario (sic) será responsable ante ningún acreedor de un beneficiario por el pago de gastos, deudas u obligaciones del beneficiario". Artículo 44.-Derechos de los acreedores. Ley de Fideicomisos, Ley Número 219, 2012. LPR 2012, 2038.

de los acreedores respecto a los bienes, activos o capital del fideicomiso<sup>978</sup>. Así se desprende del Informe Positivo del Senado de Puerto Rico sobre el Proyecto de la Cámara de Representantes de Puerto Rico 3712<sup>979</sup>. Del comentario a dicho artículo se desprende que se pretendía dotar de personalidad jurídica al fideicomiso por lo que busca proteger el interés del beneficiario, es decir el fideicomisario ante sus acreedores conforme a lo establecido en los términos dispuestos en la constitución del fideicomiso y por la ley.

La titularidad de dicho patrimonio autónomo recaerá sobre el fiduciario conforme al artículo 3 de la Ley de Fideicomisos: "Durante la vigencia del fideicomiso, la masa de bienes fideicomitidos

---

<sup>978</sup> Cf. LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis, página 102.

<sup>979</sup> Artículo 44. "Procedencia. Artículo Nuevo inspirado en la sección 3536 del Código de Fideicomisos de Delaware. **Comentario:** Surge de la necesidad de establecer de forma clara y patente, los derechos de los acreedores ante el fideicomiso. Los fideicomisos como hemos visto, tienen personalidad jurídica independiente y tienen el propósito en muchos casos aunque no en todos, de proteger un patrimonio para una o varias generaciones. Por lo tanto era importante dotar a estos de una doctrina clara sobre bajo qué condiciones un acreedor puede recobrar de los activos de un fideicomiso". SENADO DE PUERTO RICO, 25 de junio de 2012, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712, páginas 49-51.

corresponden a un patrimonio autónomo del Fiduiciario (sic) y el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que deba o pueda recibir periódicamente antes". De acuerdo con este artículo, el titular del patrimonio autónomo es el fiduciario. Es decir, la propiedad del corpus, de los bienes fideicomitidos corresponde al fiduciario. El fideicomisario o beneficiario tiene un interés beneficioso sobre los bienes fideicomitidos. Se podría decir, entonces, que el fiduciario tiene un derecho real sobre el patrimonio del fideicomiso, pero el fiduciario tiene un derecho personal frente al fiduciario en relación a los bienes que componen el patrimonio fideicomitado.

El Artículo 11 de la Ley de Fideicomisos expresa que "(l)os bienes inmuebles fideicomitidos se inscribirán en el Registro de la Propiedad a nombre del propio fideicomiso". Esto pareciera estar en contraposición con el artículo 3 en el cual el titular del fideicomiso es el fiduciario, por lo que se entendería que los bienes constitutivos del patrimonio del fideicomiso se inscribirían en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario, pero como un patrimonio

autónomo y separado de los bienes constitutivos de su patrimonio personal.

Esta disposición pareciera ser un reminiscente de la discusión del proyecto de ley presentado en la Cámara de Representantes en el cual se propuso concederle personalidad jurídica al fideicomiso. Precisamente en el comentario al artículo 1 de los Informes de la cámaras legislativas, Senado y Cámara de Representantes, expresan lo siguiente si se hubiera aprobado la legislación como propuesta otorgándole personalidad jurídica al fideicomiso: "En consecuencia, y dadas las disposiciones enumeradas anteriormente, puede otorgarse personalidad jurídica atenuada al fideicomiso. La interpretación que se haga de la frase "personalidad jurídica atenuada" no afectaría al fideicomiso ya que el propósito principal para concederle personalidad jurídica sería para poder inscribir bienes a nombre del propio fideicomiso y no del fiduciario"<sup>980</sup>. Como se puede apreciar el legislador no cambió esta disposición para hacerla cónsona con el artículo 3 en el que el fiduciario es el titular del patrimonio autónomo. En el Reglamento Hipotecario<sup>981</sup> actual se mantiene aún la

---

<sup>980</sup> Subrayado nuestro.

<sup>981</sup> Artículo 41.1 del REGLAMENTO GENERAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

disposición de que el fideicomiso se habrá de inscribir a nombre del fideicomisario. Aquí encontramos una incongruencia entre dos disposiciones legales.

“Una vez creado el fideicomiso, el fideicomitente deja de tener interés en el fideicomiso, salvo que se haya reservado las facultades que le permite la ley. Su interés se concreta en el fiduciario, que es quien tendrá que cumplir con el fin dispuesto por el fideicomitente, en interés del fideicomisario o beneficiario. El fideicomitente, o constituyente, transfiere el dominio sobre los bienes fideicomitados a la persona jurídica que es el fideicomiso y designa a un sujeto de su confianza, el fiduciario, que va a realizar la finalidad que se propuso el primero al constituir el fideicomiso. Este mecanismo jurídico, que es un patrimonio autónomo e independiente, separado tanto del suyo propio como del patrimonio del fiduciario, le da seguridad de que ni sus acreedores ni los del fiduciario van a perseguir esos bienes, salvo en casos de excepción”<sup>982</sup>.

---

<sup>982</sup> SENADO DE PUERTO RICO, *op. cit.*, página 7.



En el artículo 41.1 del Reglamento General para la Ejecución de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, según enmendado expresa lo siguiente en relación a la forma de inscripción de los fideicomisos: "el fideicomiso se inscribirá a nombre del fiduciario de acuerdo con el artículo 838<sup>983</sup> del Código Civil. En los fideicomisos los fideicomisarios, si fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de sus respectivos derechos". El artículo 838 del Código Civil, el cual fue derogado por la Ley de Fideicomisos, en ningún momento expresa a nombre de quien ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Sí el artículo 871 dispone que será a nombre del fiduciario que se inscribirán los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad<sup>984</sup>. Por ende, en las

---

<sup>983</sup> "El fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles, debe constar en escritura pública, la cual habrá de inscribirse; y sólo perjudicará a tercero desde la fecha de su inscripción en un registro público de conformidad con las disposiciones del artículo 1181 (31 LPRA sec. 3282) de este Código". Art. 838 del Código Civil de Puerto Rico. Inscripción del fideicomiso sobre bienes inmuebles, 31 L.P.R.A. sección 2545. Derogado. LEY DE FIDEICOMISOS. LEY NÚMERO 219, 2012; ARTÍCULO 11. Fideicomiso sobre inmuebles. "Los bienes inmuebles fideicomitados se inscribirán en el Registro de la Propiedad a nombre del propio fideicomiso". **Procedencia:** Artículo 838 del Código civil de Puerto Rico (1930). Artículo 11.7 del Anteproyecto sobre un Código de Fideicomisos para Puerto Rico, Luis F. Sánchez Vilella. **Comentario:** Este artículo está tomado en parte del artículo 838 del Código Civil de 1930".

<sup>984</sup> "Los bienes inmuebles transferidos por fideicomiso serán inscritos en el registro a nombre del fiduciario, como en el

disposiciones legales anteriores a la Ley de Fideicomisos existía una incongruencia en relación a la posición del fiduciario en relación con su carácter propietario ante el patrimonio fideicomitado. El artículo 871 está en concordancia con el artículo 37.1 del referido reglamento, el cual hace alusión a los títulos y derechos inscribibles en el Registro de la propiedad. Este expresa que "(s)erán inscribibles los títulos sobre los inmuebles inmatriculados o derechos publicados sobre los mismos, sin distinción de persona individual o colectiva a que pertenezcan y, por tanto, los del Estado, Municipios o entidades públicas". Por ende, el artículo 41.1 se refiere a los fideicomisos que recaigan sobre bienes inmuebles. Como vemos el artículo 41.1 ha de ser enmendado para atemperarse a la nueva Ley de Fideicomisos, ya que en su artículo 11 dispone que el fideicomiso habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre del propio fideicomiso y no a nombre del fiduciario como se establece.

---

caso de cualquiera otra transmisión de dominio; y se inscribirán como gravámenes sobre los bienes aquellas disposiciones del fideicomiso por las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenarlos o gravarlos". Art. 871 Código Civil de Puerto Rico. Inscripción de bienes fideicomitados; 31 L.P.R.A. sección 2578. Derogado.

En el artículo 5 de la ley se hace mandatorio la inscripción del fideicomiso en el Registro Especial de Fideicomisos. Este registro es de nueva creación, ya que no existía bajo el anterior régimen de derecho. Ha de señalarse que dicho Registro de Fideicomisos habrá de estar adscrito a la Oficina de Inspección de Notarías, la cual es parte de la Rama Judicial. Ésta habrá de establecer una reglamentación, la cual determinará los requisitos y la forma en que dicho Registro se establecerá. El artículo 5 sí expresa la información que habrá de mencionarse en la inscripción del fideicomiso en dicho registro: "el nombre del fideicomiso que se constituye; fecha y lugar de su constitución; número de escritura y nombre del notario ante quien se otorgó, en su caso; el nombre y la dirección del fideicomitente; el nombre y la dirección del fiduciario o fiduciarios y de sus sustitutos, si alguno; y el nombre y la dirección del fideicomisario o fideicomisarios y de sus sustitutos, si alguno". En ningún momento se indica que el fideicomiso habrá de inscribirse a nombre del mismo fideicomiso o del fiduciario.

En esta misma línea de pensamiento la autora Lugo Irizarry comenta sobre el artículo 11 de la Ley de Fideicomisos: "entendemos que ya existe un

Registro Especial de Fideicomisos, lo que hace innecesario una nueva inscripción por el solo hecho de que existan bienes inmuebles. Recomiendo enmendar la ley a los efectos de que en vez de tener que inscribir nuevamente el fideicomiso en el Registro de la Propiedad, sólo haya un asiento o anotación de que dicho bien se encuentra inscrito en el Registro Especial de Fideicomisos. Es decir, remitir a terceros a la búsqueda de la propiedad en el Registro Especial”<sup>985</sup>. Entendemos que en los fideicomisos que involucren bienes inmueble han de inscribirse en ambos registros.

### **7.2.2 El patrimonio en la nueva legislación del fideicomiso**

En la discusión en torno a la aprobación de la Ley de Fideicomisos se planteó en el proyecto de la Cámara de Representantes (P. de la C. 3712, presentado el 26 de octubre de 2011) que el propio fideicomiso sería el titular de su patrimonio, por lo que se estaría confiriendo al fideicomiso personalidad jurídica. Esto estaba expresado en el artículo 3<sup>986</sup> del proyecto de la ley que rezaba como sigue:

---

<sup>985</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis, página 51.

<sup>986</sup> Artículo 3. Titularidad. Procedencia. Nuevo artículo.

“Durante la vigencia del fideicomiso, el titular legal de la masa de bienes fideicomitidos es el propio fideicomiso y el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que deba o pueda recibir periódicamente antes”.

Esta formulación estuvo avalada por ambos cuerpos legislativos en sus respectivos informes positivos, pero en la votación final se aprobó con la formulación que tiene actualmente la ley en la cual no se le reconoce personalidad jurídica al fideicomiso, sino que el titular de los bienes será el fiduciario<sup>987</sup>.

En los comentarios de los informes de ambas cámaras legislativas se encuentra las razones por las que se quería reconocerle personalidad jurídica al fideicomiso. “En esta propuesta se mantiene la doctrina de la separación del título legal sobre los bienes del fideicomiso y el interés beneficioso del fideicomisario. Sin

---

<sup>987</sup> Artículo 3.-Titularidad: “Durante la vigencia del fideicomiso, la masa de bienes fideicomitidos corresponden a un patrimonio autónomo del Fiduciario (sic) y el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que deba o pueda recibir periódicamente antes”.

embargo, se propone que el titular legal sea el propio fideicomiso considerado como patrimonio de afectación, autónomo y separado de otros patrimonios. La disposición establece claramente la división propietaria del fideicomiso. Pero, a diferencia de lo que ha establecido el Tribunal Supremo de Puerto Rico en los casos citados, la titularidad sobre el patrimonio fideicomitado se reparte entre la persona jurídica creada en el acto constitutivo del fideicomiso, quien tiene el título legal, y el fideicomisario quien tiene un interés "utilitario" o beneficioso en dicho patrimonio. En virtud de ese interés, se le reconocen al fideicomisario unas facultades para la defensa de sus derechos y bienes futuros"<sup>988</sup>.

### **7.2.3 Titularidad del patrimonio y la doctrina del desdoblamiento de la propiedad**

Comentando el concepto de propiedad sobre el patrimonio del fideicomiso en la legislación anterior Gómez Pérez afirma que los bienes objeto del fideicomiso "forman un patrimonio especializado, separado de los patrimonios propios de cada una de las personas que interviene en el

---

<sup>988</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTES DE PUERTO RICO, op. cit., páginas 10-11; SENADO DE PUERTO RICO, op. cit., páginas 9-10. Subrayado nuestro.

fideicomiso" según cita de Alfaro y Patton: "Estos bienes forman un patrimonio especializado, que debe mantener separado de los patrimonio propios de cada una de las personas que intervienen en el trust, particularmente del *trustee*. Las cosas o derechos que lo integran forman una universalidad, pueden variar de acuerdo con los términos del *trust*, sin que ello altere la continuidad de éste. Son pues, elementos esenciales del *trust*: a) la existencia de un patrimonio especializado, formado por cosas o derechos de valor económicos y de carácter transmisible; b) un fiduciario (*trustee*) que el titular y gestor de ese patrimonio; y c) una afectación de éste a un fin lícito, bien en provecho de un tercero (beneficiario) o bien a un propósito benéfico, útil o de interés general"<sup>989</sup>. Sobre el patrimonio del *trust* los mismos autores expresan: "No hay *trust* sin un patrimonio afectado a sus fines. Los fines han de ser determinados o determinables en virtud de hechos existentes al crearlo. (...) El *trustee* adquiere título legal sobre los bienes del trust en la extensión que determine el fideicomitente, o en su defecto, el *trustee* adquiere sobre los bienes un título legal que comprende derechos y facultades de la

---

<sup>989</sup> ALFARO, R. J. y PATTON, R. G., El Fideicomiso Moderno. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. XXVIII Septiembre - Octubre 1958, Núm. 1, páginas 175-176.

extensión necesaria para el cumplimiento del *trust*"<sup>990</sup>.

Estos autores avalan la incorporación de la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el fideicomiso puertorriqueño según lo expresan: "Aunque en Puerto Rico opera el concepto de la propiedad del *Civil Law*, en materia de fideicomiso se ha reconocido efectos similares a los reconocidos en el *Common Law* en materia de división de la propiedad. Es como si la propiedad se desdoblara en dos: el título legal o *legal title* (art. 859 de C.C.P.R.) que recae en el fiduciario y el título en equidad o *equity title* (artículo 852 del C.C.P.R.) que ostenta el fideicomisario"<sup>991</sup>.

El autor Vélez Torres comparte la opinión del Tribunal Supremo de Puerto Rico cuando tomo posición en el caso de *Belaval v. Tribunal de Expropiaciones*, 71 D.P.R. 265 (1950), cuando resolvió en relación al fideicomiso como acto traslativo de dominio "que todos los derechos y acciones correspondientes al pleno dominio de los

---

<sup>990</sup> Ibidem, página 177.

<sup>991</sup> GÓMEZ PÉREZ, A. C., Un supuesto de fideicomiso de conservación: El caso de Casa Pueblo en Adjuntas, Puerto Rico. Revista la Notaría. Noviembre 2006, página 12.



bienes que son objeto de fideicomiso pasan a favor del fiduciario, con la única limitación de que el traspaso se hace de acuerdo con lo que haya ordenado el fideicomitante, para beneficio del fideicomisario. Ampliando la anterior regla de Derecho, en el caso de *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 80 D.P.R. 16, 20 (1957), el Tribunal expresó: 'El punto básico en que debemos hacer hincapié al comenzar es que en un fideicomiso el título legal de los bienes y las utilidades que resultan de dichos bienes son dos cosas separadas. El fiduciario es el dueño del título legal, mientras que la 'propiedad en equidad' descansa en los beneficiarios. Esta división entre el título legal y la propiedad en equidad es la médula del concepto de fideicomiso. Es contraria a los conceptos de Derecho Civil en que el fideicomiso, según existe en el Derecho angloamericano era desconocido anteriormente. Pero el fideicomiso se ha hecho formar parte de nuestro Código Civil'"<sup>992</sup>.

Vélez Torres explica que el Juez Belaval en el caso de *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*<sup>993</sup> en su opinión concurrente "ataca este desdoblamiento del dominio, por el fundamento de que la teoría anglosajona de la divisibilidad del título de dominio en título legal (*legal title*) y

---

<sup>992</sup> VÉLEZ TORRES, J. R., op. cit., páginas 368-369.

<sup>993</sup> 80 D.P.R. 16, 20, 1957.

propiedad en equidad (*equitable title*) es ajena a nuestro Derecho Civil. No debe perderse de vista el hecho de que el distinguido magistrado parte del supuesto de que fue la intención de la Legislatura de Puerto Rico incorporar el fideicomiso a nuestro Código Civil como una institución más, sujeta a todas las disposiciones de este cuerpo legal"<sup>994</sup>.

En el mismo caso de *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*<sup>995</sup>, pero en la opinión mayoritaria en la nota al calce en la página 20 expresa lo siguiente sobre la relación a la definición del fideicomiso como mandato y el derecho del fiduciario sobre los bienes del fideicomiso: "La frase mandato irrevocable fue usada en un esfuerzo por encajar el concepto de fideicomiso en términos que fueran conocidos a los civilistas. La sabiduría de describir la ley de fideicomisos en términos de mandato ha sido cuestionada... ". Vélez Torres comenta que dicho comentario "es atinado en la medida en que se tenga por acertada la tesis sustentada por nuestra jurisprudencia al efecto de que nuestro fideicomiso conserva la fisionomía propia del

---

<sup>994</sup> VÉLEZ TORRES, J. R., op. cit., página 369 nota al calce 20.

<sup>995</sup> *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda* 80 DPR 16, página 20, (1957).

Derecho anglosajón. Ello es así, porque, en tal caso, el fiduciario adquiere el título legal de los bienes fideicomitidos, teniendo a su favor, conforme al Artículo 865, todos los derechos y acciones correspondientes al pleno dominio. En consecuencia, si adquiere el título legal de los bienes no puede ser un mandatario, que nunca adviene titular de los bienes confiados a su mandato”<sup>996</sup>.

Como se puede apreciar en la interpretación judicial al fideicomiso antes de la nueva Ley de Fideicomiso de 2012, se acepta el concepto del desdoblamiento de la propiedad en *título legal* y *propiedad en equidad* a la manera del derecho común angloamericano a manera de excepción en los fideicomisos en Puerto Rico.

La Ley de Fideicomisos de 2012 dispone en su artículo 3 que “la masa de bienes fideicomitidos corresponden a un patrimonio autónomo del Fiduciario (sic)”... Dicha ley no utiliza el término de título legal o titular legal para el fiduciario. Para el fideicomisario o beneficiario utiliza el término de interés beneficiario (“el

---

<sup>996</sup> VÉLEZ TORRES, J. R., op. cit., página 368 nota al calce 19.

fideicomisario es el titular de un interés benéfico”) y no el de propiedad en equidad en relación a su derecho.

Si se toma en consideración el historial legislativo de dicha ley para comprender la intención legislativa en relación a la asunción o no de la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el fideicomiso puertorriqueño actual encontramos en los informes de los cuerpos legislativos antes citados<sup>997</sup> que se deseaba mantener con la interpretación jurisprudencial de los casos de *Clínica Dr. Juliá v. Secretario de Hacienda*<sup>998</sup> y *Álvarez v. Secretario de Hacienda*<sup>999</sup>. En la propuesta original además de mantener la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en el fideicomiso se trataba de adjudicarle personalidad jurídica al fideicomiso para que fuera éste el titular legal del patrimonio de afectación, autónomo y separado de los patrimonios del fiduciario y del fideicomisario. Dicha persona jurídica se crearía en el acto constitutivo del fideicomiso. Entonces la titularidad sobre el

---

<sup>997</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTES DE PUERTO RICO, 8 de mayo de 2012, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712; SENADO DE PUERTO RICO, 25 de junio de 2012, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712.

<sup>998</sup> *Clínica Dr. Juliá v. Secretario de Hacienda* 76 D.P.R. 509 (1954).

<sup>999</sup> *Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 80 DPR 16, (1957).

patrimonio fideicomitido se habría de desdoblar entre la persona jurídica que surgiría al momento de crearse el fideicomiso y ésta sería la titular legal, y el fideicomisario ostentaría el interés beneficioso o "utilitario" sobre el patrimonio. Al fiduciario se le reconocerían facultades correspondientes a la defensa de los derechos de del patrimonio y del fiduciario de acuerdo a lo establecido en la constitución del fideicomiso. En nuestras palabras, el fiduciario se habría convertido realmente en un mandatario y no en un propietario. Por lo tanto, era contradictorio a la incorporación de la doctrina del desdoblamiento de la propiedad.

La propuesta de conferirle personalidad jurídica al fideicomiso estaba predicada en la posibilidad de aprobar la reforma al Código Civil de Puerto Rico en la que en el proyecto de Código en el libro Primero sobre RELACIONES JURÍDICAS (PERSONA, BIENES Y HECHOS Y ACTOS JURIDICOS) CAPÍTULO XI. Persona Jurídica SECCIÓN PRIMERA. Constitución y Reconocimiento en el artículo 171 se buscaba conferirle una personalidad jurídica atenuada al fideicomiso entre otros patrimonios autónomos<sup>1000</sup>.

---

<sup>1000</sup> "También tiene personalidad jurídica, aunque atenuada por su propia naturaleza, el conjunto de bienes destinados a un fin determinado, cuando la ley le concede tal

---

reconocimiento, siempre que los titulares que lo constituyen declaren, en escritura pública o en documento público sometido a inscripción, su interés de que ese conjunto de bienes se desarrolle como entidad jurídica distinta y separada de sus respectivos patrimonios. La ley determinará los requisitos necesarios para su constitución e inscripción". Artículo 171 (Patrimonio con personalidad jurídica atenuada). Procedencia: No tiene precedente en el Código Civil de Puerto Rico, 1930, pero se inspira en la doctrina y la jurisprudencia. Concordancias: Código Civil de Puerto Rico, Arts. 834 a 874; *Torres v. AFF*, 96 D.P.R. 648 (1968) e *International Charter v. Registrador*, 110 D.P.R. 862 (1981); Código Civil de Puerto Rico, Arts. 326-340. Comentario: "Estos patrimonios se refieren a los fideicomisos, la sociedad de gananciales, el haber social de las sociedades civiles o empresas no incorporadas, las comunidades de bienes especiales, como la hereditaria y la post ganancial, entre otros de naturaleza análoga, a las que en el pasado se les ha reconocido personalidad jurídica propia, aunque atenuada, o se ha sugerido por la doctrina que podrían tener esa protección particular. Ejemplo de las primeras es la sociedad legal de gananciales, respecto a los dos cónyuges, con los matices y atenuación que impone la jurisprudencia, *Int'l Charter Mortgage v. Registrador*, 110 D.P.R. 862 (1981); ejemplo de la segunda sería la comunidad hereditaria cuando se ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, toda vez que los herederos no recogen la personalidad jurídica del causante y debe el cuerpo de la herencia responder solo de sus obligaciones. El fideicomiso, como figura jurídica, se ha revisado extensamente para su reinserción en el nuevo código. La nueva constitución y alcance admite este tratamiento. En la medida en que el conjunto de bienes o el patrimonio pueda operar en las relaciones jurídicas, ante terceros o entre los mismos titulares, con independencia de éstos, debe reconocerse esa personalidad jurídica atenuada, aunque los procesos de constitución, inscripción y extinción difieran de los exigidos para las personas descritas en el artículo anterior, por su propia naturaleza y finalidad". (Subrayado nuestro), COMISIÓN CONJUNTA PERMANENTE PARA LA REVISIÓN Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO (Estado Libre Asociado de Puerto Rico, ASAMBLEA LEGISLATIVA). BORRADOR PARA DISCUSIÓN. Libro Primero sobre RELACIONES JURÍDICAS (PERSONA, BIENES Y HECHOS Y ACTOS JURIDICOS) CAPÍTULO XI. Persona Jurídica SECCIÓN PRIMERA. Constitución y

Debido a que dicha propuesta no prosperó, la situación jurídica actual según el texto de la ley es que la masa de bienes fideicomitidos constituye un patrimonio autónomo que le corresponde al fiduciario. De la lectura del texto se entendería que el titular del patrimonio fideicomitado es el fiduciario y nadie más. Pero este patrimonio es uno autónomo del fiduciario. Conforme al artículo 2 de la ley la masa de bienes y derechos fideicomitidos constituiría un patrimonio autónomo, separado y afectado al fin particular conferido. Cuando se refiere dicho artículo a un patrimonio autónomo y separado lo hace en referencia de los patrimonios personales tanto del fiduciario como del fideicomisario, pero en el artículo tres se refiere únicamente a que la masa de bienes fideicomitidos es un patrimonio autónomo del patrimonio personal del fiduciario. Entendemos que si el legislador deseaba mantener la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en los fideicomisos, la redacción de la actual ley no es lo suficientemente clara en la expresión de su intención.

En su momento el Tribunal Supremo de Puerto Rico habrá de expresarse al respecto utilizando

---

Reconocimiento. San Juan, Puerto Rico, 5 de marzo de 2003, páginas 173-174.

como criterio rector y norma supletoria el artículo 69 el cual dispone que "(e)n todo lo que esta Ley guarde silencio o si alguna de sus disposiciones requiere interpretación, se recurrirá a la doctrina y a la jurisprudencia del derecho angloamericano sobre fideicomisos, salvo que otra cosa necesariamente se infiera de alguna de sus disposiciones o que esta Ley se remita expresamente a la legislación de Puerto Rico". En caso de recurrirse a la doctrina y jurisprudencia angloamericana, entonces es de esperarse que se confirme la línea de interpretación jurisprudencial anterior a la actual legislación por lo que se sostendría la doctrina del desdoblamiento de la propiedad, aunque esta sea ajena a nuestra tradición jurídica civilista.

Ya anteriormente el Tribunal Supremo reconoce que nuestra ley de fideicomisos tiene zonas grises, lagunas y vacíos. Al interpretar la ley anterior de fideicomisos el Tribunal Supremo toma como guía el trust anglosajón indicando que la intención central fue incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, con ajustes, el trust anglosajón conforme a lo expresado en el caso *Dávila v. Agrait*<sup>1001</sup>: "(N)uestra adaptación de la ley panameña de fideicomisos no creó un todo

---

<sup>1001</sup> 116 DPR 549, 565 (1985). Ver LUGO IRIZARRY, C. T., *El fideicomiso*, páginas 33-34.



coherente e integrado a perfección. Nuestra ley tiene zonas grises, lagunas y vacíos<sup>1002</sup>. Hasta tanto se legisle sobre el particular, esas deficiencias no se atienden adhiriéndonos exclusivamente al respetable pensamiento de Alfaro. La lección es clara. La creación del fideicomiso puertorriqueño tomó como punto de partida la obra del ilustre panameño, más la intención central fue incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, con ajustes, el *trust* anglosajón. Esta innegable realidad sirve de guía. Es hacia las características de éste donde hay que acudir para resolver, con debido respeto a nuestra tradición civilista, muchas de las interrogantes que plantea nuestra Ley Núm. 41 de Fideicomisos de 23 de abril de 1928". La nueva ley de Fideicomisos de 2012 pareciera seguir esta línea de pensamiento el artículo 69 dispone tomar como referencia el derecho del *trust* angloamericano para resolver las controversias que surjan de la ley.

Comentando el artículo 69 de la nueva Ley de Fideicomisos, Lugo Irizarry expresa que ésta "recurre aún más a la doctrina angloamericana y los códigos o estatutos norteamericanos, por lo cual impone a los tribunales del país la necesidad

---

<sup>1002</sup> Subrayado nuestro.

de ir a dichas fuentes en búsqueda de guías para interpretar en su momento las controversias que en cuanto a esta ley tengan ante sí. Así lo ha hecho el Tribunal Supremo en muchas ocasiones, no teniendo reparos en aceptar que la figura del fideicomitente se confunda con la del fiduciario, ya que ello es parte de la esencia de la institución con que se quiso enriquecer nuestro derecho civil; y fue parte del préstamo jurídico 'tan conscientemente realizado' por los legisladores que crearon nuestra ley de fideicomisos anterior."<sup>1003</sup>.

Esto trae como consecuencia que doctrinas sobre los derecho reales choquen en la figura del fideicomiso puertorriqueño. Como expresara Lugo Irizarry "(e)n Puerto Rico se reconocía la separación entre el título legal y la propiedad en equidad en un fideicomiso. Nuestro más alto Tribunal ha indicado que el fideicomiso puertorriqueño es una institución con carácter particular, por lo que reconoce que el fideicomiso es una figura diferente al mandato y que está regulada por disposiciones especiales distintas"<sup>1004</sup>.

---

<sup>1003</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis, página 143.

<sup>1004</sup> Ibidem, páginas 142-143.

“En el derecho angloamericano la existencia de una una división de la propiedad entre el legal ownership correspondiente al *trustee* y la *equity ownership* que ostenta el beneficiario es una de las características esenciales del *trust*. Este concepto es ajeno al concepto absoluto de propiedad propio del Derecho civil, protegido a través de su eficacia *erga omnes*. Si el *trustee* transmite los bienes fideicomitidos a un tercer en violación de las disposiciones del *trust* (*breach of trust*), el beneficiario tiene un derecho de restitución de esa propiedad que se haya transformado, de forma que deben revertir al *trust*, siempre que el tercero fuese un adquirente a título oneroso y de mala fe”<sup>1005</sup>. La misma autora compara el concepto de propiedad en los países latinoamericano y expresa que éstos no han seguido el modelo del *trust* en relación al desdoblamiento de la propiedad o la división de la propiedad, que es lo que caracteriza al *trust* y que se apegan más al negocio fiduciario o a la fiducia romana<sup>1006</sup>. Ésta última ha sido criticada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico como una figura inflexible<sup>1007</sup>.

---

<sup>1005</sup> Ibidem, páginas 143-144.

<sup>1006</sup> Cf. ibidem, página 144.

<sup>1007</sup> “Las funciones del *trust* anglosajón no pueden ajustarse al Derecho civil en su acepción pura formal sin que

En el caso de Quebec, expone Lugo Irizarry, que se ha introducido un nuevo modelo de fiducia. En este modelo existe un patrimonio afectado a un fin, carece de propietario y la función del fiduciario se limita a su administración en beneficio de los beneficiarios<sup>1008</sup>. "Ni el constituyente, ni los fiduciarios ni los beneficiarios tienen derechos reales sobre la propiedad. Ese modelo se asemeja al nuevo fideicomiso puertorriqueño"<sup>1009</sup>.

"Nuestro fideicomiso se reconoció la doctrina de que en el fideicomiso el título legal de los bienes y las utilidades que resultan de dichos bienes son dos cosas separadas. El fiduciario es el dueño del título legal. Los beneficiarios o fideicomisarios son los dueños de la 'propiedad en

---

incurramos en el peligro de una adjudicación injusta basada en un anacronismo histórico. Acotemos nuestra responsabilidad: la incorporación del fideicomiso anglosajón a nuestra jurisdicción implica que debemos enriquecernos de su acervo cultural y jurídico. Su armonización conforme a los preceptos del Derecho civil no puede constreñir la institución que se quiso integrar. Nutrámosle de la flexibilidad que caracteriza al trust anglosajón y atemperemos nuestra ley abandonando los criterios de rigidez e inmovilidad de la fiducia romana". Dávila v. Agrait, 116 DPR 549, 565 (1985); seguido también por Kogan Hubermann v. El Registrador de la Propiedad de San Juan, 125 D.P.R. 636, página 666 (1990).

<sup>1008</sup> Cf. LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis, página 144.

<sup>1009</sup> Ibidem, página 144.

equidad' y esta división de titularidad ha sido reconocida por el Tribunal Supremo de Puerto Rico como médula del concepto de fideicomiso"<sup>1010</sup>.

Esto es lo que se expresó en el caso de Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda<sup>1011</sup>: "El punto básico en que debemos hacer hincapié al comenzar es que en un fideicomiso el título legal de los bienes y las utilidades que resultan de dichos bienes son dos cosas separadas. El fiduciario es el dueño del título legal, mientras que la 'propiedad en equidad' descansa en los beneficiarios. Esta división entre el título legal y la propiedad en equidad es la médula del concepto de fideicomiso. Es contraria a los conceptos del derecho civil en que el fideicomiso, según existe en el derecho angloamericano, era desconocido anteriormente. Pero el fideicomiso se ha hecho formar parte de nuestro Código Civil".

Lugo Irizarry expresa que la nueva ley de Fideicomisos es contradictoria en sus disposiciones: "La nueva ley tiene una contradicción en sí misma. En primer lugar,

---

<sup>1010</sup> Ibidem, página 144; ver Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda, 80 DPR 16, página 20 (1957).

<sup>1011</sup> Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda, 80 D.P.R. 16, página 20 (1957).

define el fideicomiso como un patrimonio autónomo donde el titular es el propio fideicomiso, afecto a un fin y por otro lado, reconoce al fiduciario como el 'dueño' de los bienes fideicomitidos pero se administran por éste para beneficio del fideicomisario o para un fin específico. En realidad, el fiduciario es el administrador del fideicomiso y no el dueño de los bienes fideicomitidos.

El *trust* tiene la característica esencial de dominio compartido (*double ownership*) por el fiduciario y beneficiario, lo que no se da con la nueva ley de fideicomisos en Puerto Rico"<sup>1012</sup>. "Nuestro fideicomiso es diferente al *trust* anglosajón y es una institución civil más dentro del sistema civil codificado, aunque cada día más se acerca a una adopción del derecho angloamericano, salvo el reconocimiento de la legítima estricta, el concepto de tradición, el registro de bienes inmuebles en el registro de la propiedad y el nuevo registro especial de fideicomiso. El fideicomiso puertorriqueño es una institución única diseñada para aplicarse en Puerto Rico sin que se entienda que deroga o modifica el sistema hereditario establecido por el Código Civil de Puerto Rico. Esto es, respetando

---

<sup>1012</sup> LUGO IRIZARRY, C. T., Análisis, página 145.

el régimen de legítimas, las sustituciones fideicomisarias por testamento y las limitaciones a la libertad de testar.

La figura del fideicomiso funciona mejor donde existe absoluta libertad de testar. En Puerto Rico, su lenta incorporación a la vida civil se debe en parte a su utilidad real matizada con las limitaciones existentes en el Código Civil con respecto a la libertad de testar”<sup>1013</sup>.

Lugo Irizarry entiende que el fideicomiso puertorriqueño era una institución jurídica inmersa en el Código Civil hasta la aprobación y vigencia de la nueva Ley de Fideicomisos el 31 de agosto de 2012<sup>1014</sup>. Entendemos que el hecho de que la nueva Ley de Fideicomisos se encuentre fuera del Código Civil constituye una decisión acertada por su peculiaridad, pero esto no implica que como ley especial esté ajena a las disposiciones generales del derecho civil contenidas en el Código Civil. Esto lo entendemos a pesar de lo expresado por el legislador en la Exposición de motivos de la Ley de Fideicomisos: “En esta propuesta se sigue principalmente al ilustre

---

<sup>1013</sup> Ibidem, página 145.

<sup>1014</sup> Cf. Ibidem, página 145.

profesor panameño Ricardo Alfaro, quien opina que para lograr adaptar el trust angloamericano a las legislaciones civilistas, es necesario primeramente convencerse de que entre ambos sistemas no existe un abismo insalvable. Para esto esta Asamblea Legislativa entiende necesario no contaminar ninguno de los dos sistemas, salvo que se trate de instituciones que puedan adaptarse del sistema angloamericano al sistema civil. Es por estas razones que proponemos que el fideicomiso se consagre en una ley especial fuera del Código Civil”<sup>1015</sup>.

### **7.3 Conclusión**

La incorporación de la doctrina del desdoblamiento de la propiedad en la institución del fideicomiso puertorriqueño mediante interpretación jurisprudencial antes de la aprobación de la nueva ley de fideicomisos de 2012 como con la inclusión de dicha doctrina mediante la interpretación auténtica en el texto de la referida ley contribuye a obstaculizar el entendimiento de la institución jurídica del fideicomiso en el ordenamiento jurídico del derecho privado puertorriqueño y fortalece la concepción de ésta como una institución híbrida y

---

<sup>1015</sup> Exposición de Motivos de la LEY DE FIDEICOMISOS, Ley Número 219, 2012, L.P.R. 2012, páginas 2040-2041.



de contornos difusos. Las lagunas y zonas grises de las que hacía referencia el caso de Dávila v. Agrait persisten en la institución jurídica del fideicomiso puertorriqueño actual.

## Capítulo 8: El *Trust* en Escocia

En Escocia nos encontramos ante un sistema jurídico mixto en donde se entremezclan la tradición de derecho civil romano y el *common law* anglosajón.

### 8.1 El concepto del *trust* en el Derecho escocés

Gretton y Steven siguen la definición de Wilson y Duncan del *trust* en el derecho escocés: "Un *trust* es una relación jurídica en la cual la propiedad es (vested) en una persona, el fiduciario (*trustee*), quien está bajo la obligación fiduciaria de destinar la propiedad para el fin del beneficio de otra persona, siendo la obligación una característica del derecho propietario del fiduciario y preferible a todos los reclamos del fiduciario o de sus acreedores"<sup>1016</sup>.

La definición de *trust* de los Principios del derecho europeo del *Trust* (Principles of European Trust Law) es: "(1) In a *trust*, a person called 'trustee' owns assets segregate from his private patrimony and must deal with those assets (the

---

<sup>1016</sup> GRETTON, G. L., STEVEN, A. J. M. y STRUTHERS, A. E. C., *Property, Trusts and Succession*. Second edition. West Sussex: Bloomsbery Professional, 2013, página 335. Traducción nuestra.

'trust fund') for the benefit of another person called th 'beneficiary' or for the furtherance of a purpose. (2) There can be more than one trustee and more than one beneficiary; a trustee may himself be one of the beneficiaries. (3) The separate existence of the trust fund entails it immunity from claims by the trustee's spouse, heirs and personal creditors. (4) In respect of the separate trust fund a beneficiary has personal rights and may also have proprietary rights against the trustee and against third parties to whom any part of the fund has been wrongfully transferred"<sup>1017</sup>. Mediante esta definición se busca poder enmarcar las figuras jurídicas afines con el trust de las jurisdicciones de common law, de la misma manera que busca la Convención de la Haya sobre el Trust de 1985, pero en el ámbito europeo continental.

## **8.2 El concepto de patrimonio en el Derecho escocés**

En el derecho escocés se define al patrimonio como "la totalidad de los activos (derechos patrimoniales; *assets*) y pasivos (*liabilities*) de una persona. (...) El término '*estate*' a veces se usa en su lugar. Pero '*estate*' tiene varios significados. Un patrimonio es como una maleta

---

<sup>1017</sup> Ibidem, página 335.

con dos compartimientos: uno para los activos y otro para los pasivos. Patrimonio es el contenedor y no el contenido. Cada persona (ya sea persona natural o persona jurídica como una compañía) tiene un patrimonio: *personalidad implica patrimonio*. Pero el patrimonio puede tener poco en él: un recién nacido es una persona, y como tal tiene un patrimonio, pero comienza con una maleta que está vacía”<sup>1018</sup>.

En esta definición de patrimonio en el derecho escocés se puede observar que sigue la teoría clásica del patrimonio. La cual establece que todos tiene un patrimonio como parte de su ser persona o capacidad jurídica, pero no todos tienen bienes patrimoniales. “Aunque cada persona tiene un patrimonio, no toda persona tiene necesariamente un patrimonio. ‘Una persona, un patrimonio’ es la norma, pero en ciertos caso especiales una persona podría tener más de un patrimonio. Esto ocurre cuando hay un *trust*”<sup>1019</sup>.

### **8.3 El trust como un patrimonio especial**

Como se expuso anteriormente existe un patrimonio general u ordinario. Además de que cada persona como regla general tiene un

---

<sup>1018</sup> Ibidem, página 5. Traducción nuestra.

<sup>1019</sup> Ibidem, página 5. Traducción nuestra.

patrimonio, puede darse el caso de que una persona pueda tener más de un patrimonio. Ese sería el caso del fiduciario. Este tiene más de un patrimonio. Por un lado tiene el patrimonio personal o general y otro patrimonio que recibe de manera especial. El patrimonio que ostenta como fiduciario y el personal. Es su responsabilidad mantener ambos patrimonio diferenciados o segregados. Esto es así sobre todo cuando se está en el caso de la existencia de varios fiduciarios<sup>1020</sup>. En el ordenamiento jurídico escoces se acepta, entonces, la creación de patrimonios separados mediante el *trust*.

Ante la pregunta sobre quién recae el derecho propietario de los bienes puestos en un *trust*, Gretton y Steven citando a Stair expresan: "The property of the thing intrusted, be it land or moveables, is in the person of the intrusted, else it not a proper trust"<sup>1021</sup>. Dicha teoría de Stair continua en la actualidad vigente e incuestionada, aunque hay autores que postulan que el constituyente o el beneficiario son los dueños del *trust*<sup>1022</sup>. Dicha teoría del *trust* corresponde a la misma concepción de los fideicomisos o

---

<sup>1020</sup> Cf. Ibidem, página 349.

<sup>1021</sup> Ibidem, página 350.

<sup>1022</sup> Ibidem, páginas 350-351. Traducción nuestra.

instituciones afines en las jurisdicciones de derecho civil.

#### **8.4 El efecto de la insolvencia**

El aspecto del efecto ante la insolvencia del beneficiario o *trustee* es el más importante del *trust*. La regla consiste en que la propiedad del *trust* no puede ser alcanzada o tocada por los acreedores personales del *trustee*<sup>1023</sup>. “El hecho que los acreedores ordinarios del *trustee* (los pasivos en el patrimonio general) no pueden atacar los activos del patrimonio especial”, es el efecto más importante en la insolvencia del *trustee*<sup>1024</sup>. En algunos países como en Inglaterra, el beneficiario se considera dueño en equidad (*owner in equity*), mientras que el constituyente se considera dueño en derecho (*owner in law*). En el derecho escocés el derecho del beneficiario es uno personal y no uno real<sup>1025</sup>. El patrimonio especial del *trust* es como una verja alrededor del fondo del *trust*. Aunque el hecho de que el derecho de los beneficiarios no se vean afectados por la insolvencia del *trustee*, pareciera asemejar este derecho a uno real, en realidad no lo es. El derecho del beneficiario permanece como uno de

---

<sup>1023</sup> Cf. *ibidem*, página 334.

<sup>1024</sup> Cf. *ibidem*, página 351.

<sup>1025</sup> Cf. *ibidem*, página 334.

carácter personal ante el patrimonio especial del  
*trust*<sup>1026</sup>.

---

<sup>1026</sup> Cf. *ibidem*, página 351.

## Conclusiones

El *trust* como institución jurídica típica de los sistemas de derecho de *common law* tiene su origen en el derecho inglés medieval. Originalmente se conoció como el *use* y comenzó como una forma al margen del ordenamiento jurídico. Se basaba en la confianza de una persona que le confiaba a otra bienes para que los administrara en beneficio de otra. Cuando ocurre la lesión a la confianza depositada en el fiduciario se recurre a la protección de los tribunales. Los tribunales de *common law* no disponían de remedios para hacer valer el acuerdo de confianza por lo que son los tribunales eclesiásticos de la época que comienzan a intervenir en dicha controversias. Entonces, el rey mediante la cancillería asume la jurisdicción para conferirles a las partes los remedios en justicia que no podían otorgarles los tribunales de *common law*. De esa manera los *uses* se moldearon jurisprudencialmente en los tribunales de equidad. Por ello, surge la terminología de que el fiduciario o *trustee* ostenta un título legal mientras que el beneficiario o fideicomisario ostenta un título en equidad sobre la *res fiduciae*. Por esta razón se habla de un desmembramiento o desdoblamiento de la propiedad en los sistemas de *common law*. Esta doctrina es ajena a los países de derecho civil, en donde prevalece la unidad del derecho de



propiedad. En el caso del *trust* el *trustee* o fiduciario y el beneficiario son propietarios con intereses, derechos y facultades compartidas sobre la misma *res fiduciae*.

Cuando el *use* se prohíbe en el siglo XVI, subsiste una modalidad de éste que se conocerá como el *trust*. Que es la institución jurídica que conocemos actualmente. Esta institución pasa a ser propia de todos los sistemas jurídicos de *common law*. De su desarrollo jurisprudencial en los tribunales de equidad posteriormente se unifica con los tribunales de *common law* y finalmente es objeto de regulación legislativa tanto en Inglaterra como en los EE.UU. mediante lo que se conoce como el Uniform Trust Code. Esto apunta a un proceso de codificación en las jurisdicciones de *common law*, aunque no de igual manera que en las jurisdicciones de derecho civil.

En el ordenamiento jurídico nuestro, que pertenece a los sistemas de tradición jurídica de derecho civil, encontramos dos figuras jurídicas afines al *trust* anglo-sajón, el negocio fiduciario y la sustitución fideicomisaria.

El negocio fiduciario tiene su origen en la fiducia romana con sus dos modalidades, la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. Estas llegan al ordenamiento jurídico español por vía de la pandectística alemana del siglo XIX y de los tratadistas italianos. En el negocio fiduciario encontramos características similares, aunque no exactamente iguales, al *trust*. Los sujetos del constituyente o fiduciante o fideicomitente y el *settlor*, por un lado, el fiduciario o *trustee*, por otro lado, y el beneficiario o fideicomisario o *beneficiary*, por último. Esta institución jurídica se creaba principalmente a base de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 del C.c. y su base en el derecho romano en la Instituciones de Gayo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. Diferentes teorías buscaron fundamentar su existencia. La primera será la teoría del doble efecto, por medio de la cual se entiende un doble carácter en dicha institución. Por un lado, está el carácter obligacional de la relación jurídica, y por el otro lado, encontramos el carácter real del negocio fiduciario. Esta teoría pierde apoyo y se trata de explicar su validez jurídica mediante los conceptos de la titularidad fiduciaria del fiduciario y de la existencia de un patrimonio fiduciario. El derecho de propiedad lo conserva el fideicomitente a base del concepto de propiedad material frente a la propiedad formal del

fiduciario. Tanto la jurisprudencia del T.S.E. como la jurisprudencia registral de la D.G.R.N. aceptan la existencia y validez jurídica del negocio fiduciario siempre y cuando exista una causa verdadera y lícita. Además, se entiende que la propiedad permanece en el fideicomitente o constituyente como propietario material, mientras que el fiduciario ostenta una propiedad formal. Esto sigue el análisis histórico mas reciente de la fiducia romana, que postula que en la fiducia no ocurre una transferencia de la propiedad del constituyente al fiduciario.

La *causa fiduciae* es central en la validez del negocio fiduciario, especialmente en su modalidad de *fiducia cum amico*, por su relación con la institución del *trust*. La causa *fiduciae* se entiende como válida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que entendemos que concuerda con las disposiciones sobre la causa en los contratos según el Código civil y según la definieron los autores citados en el curso de la investigación como una de carácter temporal, afectando a una masa de bienes o derechos para la administración de éstos a favor de persona beneficiada por sus rentas.

Además del negocio fiduciario, encontramos también la institución de la sustitución fideicomisaria como figura afín al *trust*. Esta tiene su origen en el fideicomiso romano que, al igual que el origen del *use (trust)* en Inglaterra, comenzó como obligaciones al margen de la tutela jurídica y que por las mismas causas que el *use*, el rompimiento de la confianza depositada en el fiduciario, los tribunales tuvieron que intervenir para hacer valer los derechos de los afectados. En el caso de la sustitución fideicomisaria estamos ante un negocio jurídico *mortis causa*, diferente al negocio fiduciario, el cual es un negocio jurídico *inter vivos*. Mediante la sustitución fideicomisaria se transmiten unos bienes al heredero fiduciario para que posteriormente los transmita al sustituto fideicomisario. El heredero fiduciario se convierte en propietario de los bienes. Se crea un patrimonio separado y de afectación del patrimonio personal del heredero fiduciario, pero solamente si acepta la herencia a beneficio de inventario el patrimonio separado constituirá uno también autónomo porque los acreedores del causante no podrán alcanzar los bienes personales del heredero fiduciario. La afectación de los bienes como causa fiduciaria constituirá en la obligación de entregar los bienes conforme a lo establecido en la disposición testamentaria creadora de la sustitución fideicomisaria. El

heredero fiduciario es propietario temporalmente de la *res fiduciae*, hasta tanto se cumpla la condición o modo, o el término, en caso de la modalidad de la sustitución fideicomisaria, a término o condicional (modal). El heredero fiduciario mantiene la unidad del patrimonio fiduciario y personal, mientras ostente la titularidad de la *res fiduciae*.

El concepto de patrimonio en nuestro ordenamiento jurídico sigue la doctrina de los tratadistas franceses y pandectistas alemanes del siglo XIX. Para esta doctrina el patrimonio está unido a la persona. Toda persona tiene un patrimonio o capacidad patrimonial. Este concepto está en función de asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1811 del C.c. Se acepta a manera de excepción y por disposición de ley (ex lege) que una persona pueda tener más de un patrimonio, como sería el caso de los patrimonios separados, de destino y de afectación. Esto no contravendría el principio de la responsabilidad patrimonial universal, ya que dichos patrimonios responderían por las deudas que se le imputan a estos y no a los personales. Por ser patrimonios excepcionales solamente se pueden crear por disposición de ley, conforme a la doctrina. Por ende, se excluye la posibilidad de su creación partiendo del principio

de la autonomía de la voluntad. En el caso del negocio fiduciario en la modalidad de fiducia cum amico podría establecerse la transmisión temporal de la propiedad del constituyente al fiduciario con causa fiduciae de administración a favor de un beneficiario que pudiese ser un tercero. Esto no contravendría la ley ni supondría un fraude de acreedores siempre que se disponga antes de la asunción de deudas y se pudiese establecer la publicidad registral conforme a la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de la *res fiduciae* para así afectar a terceros.

Si se quisiera crear una nueva institución jurídica que configurase un nuevo derecho real (derecho real atípico o derecho real innominado) que guarde afinidad con el trust partiendo de la autonomía de la voluntad dentro de nuestro sistema de *numerus apertus* de los derechos reales, habría que guardar las limitaciones establecidas por las disposiciones legales que rigen la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del C.c.) en la creación de disposiciones contractuales o relaciones jurídico-obligacionales aplicadas a los derechos reales o relaciones jurídico-reales y las limitaciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y la Dirección General del Registro y el Notariado. La tipicidad causal, diferente a la tipicidad legal, es el

fundamento que permite la creación de estos nuevos derechos reales, siempre y cuando la causa sea lícita y verdadera y este derecho real atípico constituya un *ius in re aliena*.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con la figura jurídica de la donación modal o condicional con cláusula de reversión. Ésta podría configurarse dentro de lo permitido en el ordenamiento jurídico y modelar sus contornos a base del principio de la autonomía de la voluntad sin tener que lesionar los principios de la responsabilidad patrimonial universal que protege los derechos de los acreedores ni la seguridad del tráfico jurídico. Esta figura jurídica se asemeja en cierta manera a la figura del *trust* según definida en la Convención de la Haya sobre el *Trust* de 1985 y los Principios del Derecho Europeo del *Trust*. No así con el *trust* de tipo anglosajón. El patrimonio así constituido sería uno separado, autónomo y de afectación que estaría separado temporalmente del patrimonio personal del donatario-fiduciario y la condición o modo consistiría en la *causa fiduciae* de administración a favor de un tercero que bien podría ser el mismo donante-constituyente. Lo que nos acerca a la figura del *trust* e la creación de un derecho real atípico con un patrimonio separado temporalmente, autónomo por estar protegido tanto de los acreedores

del donatario-fiduciario como de los del donante-constituyente. Esta figura jurídica podría utilizar de referencia la sustitución fideicomisaria condicional o modal mediante un negocio jurídico *mortis causa* en lo que al heredero fiduciario se refiere como propietario fiduciario temporal de los bienes como administrador de éstos a favor de un tercero, como pudiese ser el sustituto fideicomisario. Tanto en el caso de la donación modal con cláusula de reversión como en la sustitución fideicomisaria condicional o modal, estaríamos ante un patrimonio separado, autónomo y de afectación donde el titular es el fiduciario y, por lo tanto, mantiene la unidad del patrimonio bajo un mismo titular, la del patrimonio personal y la del separado. El titular es el factor unificante de los patrimonios. Lo que corresponde a la concepción de patrimonio imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

La legislación sobre los fideicomisos o *trusts* en otras jurisdicciones como en el caso de Escocia y Puerto Rico nos lleva a apreciar las formas en que se ha incorporado dicha institución jurídica en dichos contextos. Tanto en el caso de Puerto Rico como en el caso de Escocia, siguen la tradición de derecho civil del patrimonio en que la persona puede ser titular de más de un



patrimonio y que los patrimonios separados, como ocurre con el fideicomiso o *trust*, se admite por vía de legislación, aunque en el caso de Puerto Rico la admisión legal de la doctrina del desdoblamiento o desmembramiento de la propiedad para el caso específico del fideicomiso no está del todo claro, aunque la tendencia jurisprudencial es hacia su admisibilidad, lo que le impartiría un carácter híbrido al fideicomiso puertorriqueño. Esto no ocurre en el caso del *trust* escocés.

## **BIBLIOGRAFIA**

AGUILAR ROS, P. y HERRERA BRAVO, R. *Derecho Romano y Derecho Canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*. Granada: Editorial COMARES, 1994.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y DE CASTRO GARCÍA, J. Art. 781, páginas 702-735. Código Civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III. 4ta. Edición. Madrid: Editorial Trivium, 1995.

ALBALADEJO GARCÍA, M., Art. 781, páginas 1915-1920. En: Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil. (Dirigido por Cándido Paz-Aries Rodríguez et al.). Tomo I. Secretaría General Técnica. Madrid: Centro de Publicaciones, 1991.

-El negocio jurídico. Barcelona: Librería Bosch, 1958.

-, Derecho civil. I, Introducción y Parte General. Decimoséptima edición, Madrid: EDISOFER, 2006.

-Derecho Civil. III, Derecho de bienes. Undécima edición. Revisada por Encarna Cordero Lobato. Madrid: EDISOFER, 2010.

ALFARO, R. J. y PATTON, R. G., El Fideicomiso Moderno. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. XXVIII Septiembre - Octubre 1958, Núm. 1, 149-184.

AMERICAN JURISPRUDENCE. Second edition. A modern comprehensive text statement of American Law, state and federal, completely revised and rewritten in the light of modern authorities and developments. Volume 76. Minnesota: Thomson West, 2005 (76 Am. Jur. 2d).

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third. Trust. Restatement of the Law Third. Volume 1. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, 2003. (Restatement of Law Third. Trust I).

ARIAS RAMOS, J., Derecho Romano, II, Obligaciones-Familia-Sucesiones. Undécima edición. Revisada por J. A. Arias Bonet. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., Derecho Romano. Tomo II Obligaciones-Familia-Sucesiones. 18ª edición (Primera reimposición 1988). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

ARROYO i AMAYUELAS, E., Los patrimonios financieros y el trust. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Número 693, Enero-Febrero 2006, 11-61.

AZNAR, A. D., El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

BEKKER, E. I., System des heutigen Pandektenrechts, Band 1, Weimar, 1886.

BIONDI, B., Sucesión Testamentaria y Donación. Segunda edición revisada. (Traducida del italiano por Manuel Fiaren: Successione testamentaria e donazioni). Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

BONFANTE, P., Instituciones de Derecho Romano. Tercera edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965.

BRINZ, A. von, Lehrbuch der Pandekten. Erster Band. 2. veränderte Auflage. Erlanggen 1873.

CÁMARA LAPUENTE, S., La fiducia sucesoria secreta. Universidad de Navarra. Madrid: Dykinson, 1996.

-, Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario- Núm. 654, Septiembre - Octubre 1999, páginas 1757-1865.

CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo. Teoría de la relación jurídica. Decimocuarta edición. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Madrid: Reus 1984.

CHICO y ORTIZ, J. M., Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo I. 3ra edición puesta al día. Madrid: Marcial Pons, 1994.

CICERÓN, M. T., Los deberes. Barcelona: Editorial Vosgos, 1978.

-, DE OFFICIIS. Cicero, The Latin Library. The Classics Page.

<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>

; recuperado 18 de diciembre de 2014.

CLARET y MARTI, P., *De la fiducia y del 'trust'*. Estudio de Derecho comparado. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1946.

COMISIÓN CONJUNTA PERMANENTE PARA LA REVISIÓN Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO (Estado Libre Asociado de Puerto Rico, ASAMBLEA LEGISLATIVA). BORRADOR PARA DISCUSIÓN. Libro Primero sobre RELACIONES JURÍDICAS (PERSONA, BIENES Y HECHOS Y ACTOS JURIDICOS) CAPÍTULO XI. Persona Jurídica SECCIÓN PRIMERA. San Juan, Puerto Rico, 5 de marzo de 2003.

CONCLUSIONES DE LA X JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA. Tema I: Fiducia y Trust. Valencia, España. 22-25 de octubre de 2002. <http://www.colescba.org.ar/Portal/noticias/X%20jornadaiberoamericanaconclu.htm>. Recuperado 25 de enero de 2003.

COQUILLETTE, D. R., The Anglo-American Legal Heritage. Introductory materials. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1999.

CORPUS JURIS SECUNDUM. A Contemporary statement of American Law as derived from reported cases and legislation. Volume 90. Minnesota: West - Thomson Reuters, 2010 (90 C.J.S., Trust).

DE COSSIO y CORRAL, A., Instituciones de Derecho Civil. Tomo I: Parte General, Obligaciones y Contratos. Segunda edición. (Revisado y puesto al día por Manuel de Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso). Madrid: Editorial Civitas, 1991.

-, DE COSSIO, M. y LEÓN, J., Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

DE CASTRO y BRAVO, F., Temas de Derecho Civil. Madrid: Marisal, 1972.

-, El negocio jurídico. Madrid: Civitas, 2002.

DAVID, R., Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. (Derecho comparado). Madrid: Aguilar, 1969.

- y JAUFFRET-SPINOSI, C., Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Décima primera edición. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

DE LOS MOZOS, J. L., El Negocio Jurídico. (Estudios de derecho civil). Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

-, El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1965.

-, Aproximación a una teoría general del patrimonio. Revista de Derecho Privado. 2 (1991), 587-609.

-, Estudios sobre Derechos de los bienes. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991.



DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZALEZ, M.,  
Diccionario de derecho civil. Tomo Segundo (H-Z).  
Madrid: Editorial Aranzadi, 1984.

DÍAZ ALABART, S., El fideicomiso de residuo. Su  
condicionalidad y límites. Barcelona: Librería  
Bosch, 1981.

DÍAZ BAUTISTA, A. y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A.,  
El derecho romano como introducción al Derecho.  
Murcia: Diego Marín (DM) Librero-Editor, 2010.

DI PRIETO, A., Los negocios jurídicos  
patrimoniales y los contratos en el derecho  
romano. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo  
Depalma, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L., Autonomía privada y derechos  
reales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario -  
Núm. 513, Marzo -Abril 1976, Páginas: 273-306.

-y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. I  
Introducción. Derecho de la persona. Autonomía  
privada. Persona jurídica. Undécima edición  
(2003). Madrid: Técnos. Segunda reimpresión 2005.

-y-, Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. 7ma edición revisada y puesta al día. Madrid: Técnos, 1997

DORAL, J.A. y DEL ARCO, M.A., El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Trivium, 1982.

DORAL GARCÍA, J.A., El Negocio Jurídico ante la jurisprudencia. Madrid: Editorial Trivium, 1994.

D'ORS, Elementos de Derecho Privado Romano. Tercera edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1992.

DUKEMINIER, J., Satanley M. JOHANSON, S. M., LINDGREN, J. y SITKOFF, R. H., Wills, Trust, and Estates. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers. 2005.

ESTRADA ALONSO, E., El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

FERNÁNDEZ URZAINGUI, F. J., Código Civil. Concordancias, Notas y Jurisprudencia. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000.

FIOL MATTA, L., Civil Law and Common Law in the Legal Method of Puerto Rico. 40 Am. J. Comp. L. 783-815 (1992).

FRATCHEL, W. F., Trust. En: R. David et als. (Comité editorial), Intenational Enciclopedia of comparative Law. Vol. VI. Property and Trust. Frederick H. Lawson (Chief Editor). Tübingen-Mouton-The Hague-Paris: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1973.

FUENTESECA, C., El Negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

GARCÍA GOYENA, F., Concordancias, motivos, y comentarios del Código Civil Español. Madrid 1852. Barcelona: Reimpresión de Editorial Base, 1973.

GARCÍA VALDECASAS, G., Parte General del Derecho Civil Español. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

GARRIGUES DIAZ-Cañabate, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

GAYO, *Instituciones*. (Traducción por Manuel Abellas Velasco et al.) Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GILLESE, E. E. y MILCZYNSKI, M., *The Law of Trust*. Second Edition. Toronto, Ontario: Irwin Law, 2005.

GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GÓMEZ PÉREZ, A. C., *Revisión de las principales doctrina civilistas que impiden la incorporación del trust en España*. *Revista de Derecho Inmobiliario*, Núm. 740, páginas 3761-3800.

-, *Un supuesto de fideicomiso de conservación: El caso de Casa Pueblo en Adjuntas, Puerto Rico*. *Revista la Notaría*. Noviembre 2006.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1997.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D y BORRÁS, A., Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993). Traducción al castellano. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

GONZÁLEZ TEJERA, E., Derecho de sucesiones. 2da edición. Tomo II La sucesión testamentaria. San Juan, Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2002.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 693, Enero - Febrero 2006, páginas 309-315.

GRENON, A. y BÉLANGER-HARDY, L (edited by), Elements of Quebec Civil Law: A comparison with the common law of Canada. Toronto, Ontario, Canada: Thomson - Carswell, 2008.

GRETTON, G. L., STEVEN, A. J. M. y STRUTHERS, A. E. C., Property, Trusts and Succession. Second edition. West Sussex: Bloomsbery Professional, 2013.

GUZMÁN BRITO, A., Derecho Privado Romano. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

HELMHOLZ, R. H., The Early Enforcement of Uses. Columbia Law Review, Volume 79, 1503-1513 (1979).

HESS, A. M., BOGERT, G. G. y BOGERT, G. T., The Law of Trust and Trustees. A Treatise Covering the Law Relating to Trust and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration with forms. Third edition. Sections 1-46. Minnesota: Thomson West, 2007.

HOLDSWORTH, W., A History of English Law. Volume IV. Boston: Little, Brown, and Company, 1924.

IGLESIAS, J., Derecho Romano. 12va Edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias Redondo. Barcelona: Editorial Ariel 1999.

JARAMILLO VÉLEZ, L., Derecho Romano. Historia del derecho romano. Sistema de derecho privado romano. Novena edición. Medellín: Señal Editora, 1991.

JEDIN, H. (editor), Handbuch der Kirchengeschichte. Band III. Die mittelalterliche Kirche. Zweiter Halbband: Vom kirchlichen Hochmittelalter bis zum Vorabend der Reformation. (Von Hans-Georg Beck, Karl August Fink, Josef Glazik, Erwin Iserloh, Hans Wolter). Freiburg, Basel, Wien: Herder, 1985.

JORDANO BAREA, J. B., Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto. Revista de Derecho Privado. Tomo XLII. Enero-Diciembre 1958. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1019-1032.

JÖRG, P. y KUNKEL, W., Derecho Privado Romano. (Traducción de L. Pietro Castro) Barcelona: Editorial Labor, 1965.

JUAN PABLO II, Carta Apostólica, en forma de Motu Proprio *para la proclamación de Santo Tomas Moro como patrono de los gobernantes y de los políticos.* Librería Editrice Vaticana

2000.[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/motu\\_proprio/documents/hf\\_jp-ii\\_motu-proprio\\_20001031\\_thomas-more\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu-proprio_20001031_thomas-more_sp.html); recuperado el 31 de marzo de 2014.

KAPLAN, S. M., Essential English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary. Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands: Kluwer Law International. Wolters Kluwer. Aspen Publisher, 2008.

KASER, M., Derecho Romano Privado. 2da edición. Madrid: Reus, 1982.

KÖBLER, G. (unter Mitarbeit von Monika Hohenauer), Rechtsspanish. Deutsch-spanisches und spanisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann. 2. überarbeitete Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2003.

KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGER, Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, Instituta-Digesto. Tomo I. (Traductor Ildefonso García del Corral) Barcelona: Jaime Molinas, Editor 1889.

-, Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, Digesto. Tomo II. (Traductor Ildefonso García del Corral) Barcelona: Jaime Molinas, Editor 1892.



KUNKEL, W., Historia del Derecho Romano. 3ª reimpresión de la 9.ª edición octubre 1985. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. Séptima edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría y María Ángeles Parra Lucán. Madrid: Dykinson, 2012.

-, LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., Elementos de Derecho Civil, I, Parte General del Derecho Civil, Volumen Tercero, El Derecho subjetivo. Barcelona: Librería Bosch, 1984.

-, et al., Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones. Quinta edición. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993.

LANGBEIN, J. H., LERNER, R. L. y SMITH, B. P., History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions. Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands: Wolters Kluwer - Aspen Publishers 2009.

edición. Parte General y Derecho de

la Persona. Madrid-Barcelona-Buenos Aires:  
Marcial Pons, 2007.

LUCAS ESTEVE, A., Els drets reals. Dret Civil  
Català Volum IV. Tom 1. Drets reals. Possessió,  
propietat i situacions de comunitat Barcelona:  
J.M. Bosch Editor, 2015.

LUGO IRIZARRY, C. T., *El fideicomiso en Puerto  
Rico: Un híbrido jurídico ante el futuro*. Sin  
lugar, 1996.

-, Análisis Crítico sobre la Nueva Ley de  
Fideicomisos de Puerto Rico. Guía para el  
estudiante y profesional de Derecho. San Juan,  
Puerto Rico. Ediciones SITUM, 2013.

MANRESA y NAVARRO, J. M., Comentarios al Código  
Civil Español. Tomo 6, Vol. I Arts. 744-839.  
Madrid: Instituto Editorial Reus 1956.

MATEO y VILLA, I., De la fiducia gestión. Revista  
Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 704, 2585-  
2677.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., Derechos reales y titularidades reales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 736, Marzo 2013, Páginas: 763-859.

MIQUEL, J., Derecho Privado Romano. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, 1992.

MONTÉS PENADÉS, V. L., El patrimonio y los elementos patrimoniales. En: A. M. López López, V. L. Montés Penadés (coordinadores), y otros, Derecho Civil. Parte General. 3ra edición. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

NATIONAL CONFERENCE COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Law Commission. Legislative Enactment Status y Legislative Fact Sheet-Trust Code. <http://www.uniformlaws.org>, recuperado: lunes, 29 de julio de 2013.

-. Uniform Trust Code (2005). Prefatory Note, March 7, 2005, online:

<http://www.nccusl.org>. recuperado: lunes, 29 de julio de 2013.

NÖRR., D., La fides en el derecho internacional romano. 2da edición. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", 1996.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Art. 781. páginas 592-597. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidido - coordinado) Comentario del Código Civil. Tomo 4 Arts. 609-857. Barcelona: Editorial Bosch, 2000.

-, Código Civil Comentado y con Jurisprudencia. Madrid: La Ley-Actualidad, 1996.

-y PEDREIRA, A., Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

PANERO GUTIÉRREZ, R., Derecho Romano. 2da Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

PARDO NÚÑEZ, C., Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del trust. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 697, 1909-1971.

PATTON, R. G., Los sistemas de fideicomiso en el hemisferio occidental. Revista de la Universidad de Puerto Rico. Volumen XV Noviembre-Diciembre 1945 Número 2, 1-33.

PÉREZ DE CASTRO, N., Arts. 774-789 (Artículo 781, páginas 929-930) en: Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Comentarios al Código Civil. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001.

PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil. Vol. I Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1987.

-, Compendio de Derecho Civil. Vol. III. Derechos reales. Derecho hipotecario. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1989.

-, Compendio de Derecho Civil. Vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1991.

-, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. III, Tercera edición actualizada. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1983.

-, Fundamentos de Derecho Civil. 2da edición ampliada y puesta al día. Tomo V. Vol.II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1977.

-, Artículo: Negocio fiduciario. En: Pellisé Prats, Buenaventura (dirigida por) y Mascareñas, Carlos E. (iniciada por), Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XVIII. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1982, páginas 204-210.

RIBÓ DURÁN, L., Diccionario de derecho. 2da Barcelona: Edición. Bosch, 1995.

-y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., Diccionario De derecho empresarial. Con los conceptos económicos complementarios. Barcelona: Bosch, 1998.

RIMBLAS, J., Código Civil. 2da. Edición Casa Barcelona: Editorial Bosch, 1958.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., Derecho de Sucesiones, Común y Foral. Tomo II. Madrid: Dykinson, 1992.

RIVERA GARCÍA, I., Diccionario de Términos Jurídicos. Orford, New Hampshire: Equity, 1985.

ROCA SASTRE, R. M., El patrimonio. Revista Crítica de Derecho inmobiliario Núm. 15, Marzo 1926, 171-187.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Derecho de Sucesiones. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1989.

RODRÍGUEZ AZUERO, S., Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. (Segunda reimpresión 2009). Bogotá-México-Buenos Aires-Caracas-Lima-Santiago: Legis, 2005.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., Fiducia y pacto de retro en garantía. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.

ROMÁN GARCÍA, A., La tipicidad en los derechos reales. (Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clausus). Madrid: Editorial Montecorvo, 1994.

ROUNDS, C. E. and ROUNDS, C. E. III, Loring. A Trustee's Handbook. 2013 Edition. New York: Wolters Kluwer Aspen Publisher, 2013.

SÁNCHEZ VILELLA, L. F., El Fideicomiso Puertorriqueño II. Puede constituirse fideicomiso sobre las legítimas? En: Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico Vol. 25 (1965) Páginas 313-325.

SCAEVOLA, Q. M., Código Civil. Comentado y Concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca. Tomo XIII. Art. 744-865. 5ta. Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.

SCHULZ, F., Principios Del derecho romano. 2da edición revisada y corregida. Madrid: Editorial Civitas, 2000.

SCOTT, A. W. and FRATCHER, W. F., The Law of Trust. Volume I. 4<sup>th</sup> edition. Boston - Toronto: Little, Brown and Company, 1987.

THUR, A. von, Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volumen I Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio. Madrid - Barcelona: Marcial Pons, 1998.



TRÍAS MONGE, J., El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico. El caso de la responsabilidad civil extracontractual. Orford, New Hampshire: Equity Publishing, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Panorama del Derecho de Sucesiones. Vol. I Fundamentos. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

VELÁSQUEZ, G., Teoría del Derecho Sucesorio Puertorriqueño. 2da edición revisada. Hato Rey: Equity de Puerto Rico, 1968.

VÉLEZ TORRES, J. R., Curso de Derecho Civil. Tomo IV Vol. III. Derecho de Sucesiones. San Juan, Puerto Rico: Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Facultad de Derecho, 1992.

VOLTERRA, E., Instituciones de Derecho Privado Romano. Madrid: Editorial Civitas, 1986 (reimpresión 1991).

WOLF, J., Trust, Fiducia, und fiduziarische Treuhand. Historische-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Scotland sowie des römischen und

österreichlichen Fideikommiss. In Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht (herausgegeben von Prof. DDr. J. Michael Rainer) Band 17. Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-oxford-Wien: Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2004.

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S. (begründet von), Handbuch des Französischen Civilrechts. Bearbeitet von Dr. Carl Crome. Achte, vermehrte und verbesserte Auflage. Erster Band. Freiburg i. B.: Ernst Mohr's Verlag, 1894.

-, Handbuch des französischen Civilrechts. Band 2. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1808.

-, Handbuch des französischen Civilrechts - 7. Band 3. verm. und bis auf die neueste Zeit fortgef. Aufl. hrsg. von Heinrich Dreyer. Heidelberg: Ernst Mohr's Verlag, 1886.

## **ANEJOS**

### **LEGISLACION**

#### **ESPAÑA**

El Código Civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888-1889. Revista de los Tribunales. Madrid 1889.

Código Civil y Jurisprudencia Concordada (Oscar Moreno Gil). (Artículos 774-789) Boletín Oficial del Estado. Madrid 1996.

LAS SIETE PARTIDAS. En Salamanca por Andrea De Portonariis 1555. Boletín Oficial del Estado. Madrid. Reimpresión 26 de diciembre de 1985. (Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso El IX. Tomo III. Barcelona 1843).

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Tomo V Libros X, XI, XIII. Año MDCCCV.

LEY HIPOTECARIA. B.O.E. número 58, de 27 de febrero de 1946.

REGLAMENTO HIPOTECARIO. B.O.E. número 106, de 16 de abril de 1947.

#### **OTRAS JURISDICCIONES**

CÁMARA DE REPRESENTANTES DE PUERTO RICO, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712. 8 de mayo de 2012.

CODE CIVIL DU QUEBEC. Código civil de Quebec = Code civil du Québec = Civil Code of Quebec. Comprend un index. Texte en espagnol, en français et en anglais. Édition à jour au 31 mars 2008. Wilson & Lafleur Limitée. Montreal (Québec) 2008. (C.C.Q.)

CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO 1930; 31 L.P.R.A. secciones 1-5305, según enmendado.

CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL TRUST Y A SU RECONOCIMIENTO. Suscrito en La Haya el 1 de julio de 1985, "Convention on the Law Applicable to Trust and on their Recognition".

[http://www.jurisint.org./pub/01/en/doc/116\\_1.htm](http://www.jurisint.org./pub/01/en/doc/116_1.htm).

Recuperado 25 de enero de 2003.

LEY DE FIDEICOMISOS, LEY NÚMERO 219 DE AÑO 2012. Ley Número 219 de 31 de agosto de 2012. Leyes de Puerto Rico 2012, página 2038. 32 L.P.R.A. secciones 3351-3355<sup>a</sup>.

LEY NÚMERO 40 DE 23 DE ABRIL DE 1928. Ley para disponer la incorporación y reglamentación de compañías de fideicomisos, y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1928, página 235. Leyes y Resoluciones de la Tercera Legislatura Ordinaria de la Undécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de materiales, Imprenta y Transporte. San Juan, P.R. 1928.

LEY NÚMERO 41 DE 23 DE ABRIL DE 1928, Ley para proveer la constitución de fideicomisos, y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1928, página 295. Leyes y Resoluciones de la Tercera Legislatura Ordinaria de la Undécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de materiales, Imprenta y Transporte. San Juan, P.R. 1928.

LEY PARA REVISAR EL CÓDIGO CIVIL, enmendando los artículos 26, 27, 28, 29, 31, 153, 175, 180, 195, 228, 229, 242, 256, 264, 271, 274, 276, 302, 303, 319, 476, 477, 491, 498, 503, 524, 529, 616, 622, 636, 654, 701, 702, 703, 719, 720, 742, 830, 910, 913, 1076, 1214, 1315, 1329, 1339, 1451, 1514, 1766, 1773, 1848, la disposición final, los epígrafes del Capítulo IV, Título V, Capítulo IV, Título X, y Capítulo II, Título XI, del Libro I, de la Sección VIII, Capítulo II, Título III, del Libro III, y de la Sección II, Capítulo II, Título VII, del Libro IV, y derogando los artículos 23, 136, 322, 352 y 924, de dicho Código; para insertar en el mencionado Código los artículos 469(a), 469(b), 1344(a) y 1833; para enmendar el artículo 2 de la Ley de 10 de marzo de 1904, Compilación de 1911 No. 3211, ley que ha de ser incorporada al Código Civil, en sustitución de los artículos del mismo que dicha ley derogó; y para otros fines. Leyes de Puerto Rico 1930, página 369. Leyes Y Resoluciones de la Segunda Legislatura Ordinaria de la Duodécima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Negociado de Materiales, Imprenta, y Transporte. San Juan, Puerto Rico 1930.

LEY NÚMERO 211 DE 8 DE MAYO DE 1952. Ley para enmendar los artículos 834, 839, 841, 843, 845,

846, 848 y 869 del Código Civil de Puerto Rico; convalidar los fideicomisos con fines no pecuniarios ya existentes; y para otros fines. Leyes de la Cuarta Legislatura Ordinaria de la Decimoséptima Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Departamento de Hacienda. Oficina de Servicios - División de Imprenta. San Juan, Puerto Rico 1952. Leyes de Puerto Rico 1952, página 505.

LEY HIPOTECARIA Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE PUERTO RICO DE 1979; Ley Número 198 del 8 de Agosto de 1979, según enmendada. 30 L.P.R.A. secciones 2001 et seq.

REGLAMENTO GENERAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 30 L.P.R.A. (Puerto Rico)

SENADO DE PUERTO RICO, Informe Positivo Sobre el P. de la C. 3712. 25 de junio de 2012.

## **JURISPRUDENCIA**

### **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA**

STS 30 de octubre de 1944.

STS, 6ta, 12 de noviembre de 1959.

STS 14 de noviembre de 1960.

STS 8 de marzo de 1963.

STS 25 de abril de 1963.

STS de 18 de febrero de 1965.

STS 27 de marzo de 1981.

STS 25 de abril de 1981.

STS 27 de diciembre de 1982.

STS 13 de noviembre de 1983.

STS 6 de abril de 1987.

STS 30 de enero de 1990.

STS 22 de julio de 1994, 6578.

STS 22 de noviembre de 1996, 8285.

STS 2 de diciembre de 1996.

STS 15 de marzo de 2000.

STS 16 de julio de 2001.

STS 13 de febrero de 2003.

STS 7 de mayo de 2007.



STS no. 338/2008, Sala 1ra, de lo Civil, 30 de abril de 2008.

STS nº 262/2012, Sala 2ª, de lo Penal, 2 de Abril de 2012.

Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil del 8 de Julio de 2014.

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO  
Y LA NOTARÍA DE ESPAÑA**

16 de noviembre de 1902; 14 de junio de 1922; 11 de abril de 1930; 4 de mayo de 1934; 23 de noviembre de 1934; 13 de mayo de 1936; 1 de marzo de 1939; 19 de diciembre de 1942; 22 de febrero de 1943; 25 de febrero de 1943; 21 de diciembre de 1943; 4 de mayo de 1944; 27 de marzo de 1947; 27 de octubre de 1947; 7 de julio de 1949; 19 de mayo de 1952; 31 de mayo de 1954; 29 de marzo de 1955; 13 de diciembre de 1955; 1 de agosto de 1959; 7 de octubre de 1963; 17 de diciembre de 1965; 20 de septiembre de 1966; 27 de marzo de 1981; 7 de septiembre de 1982; 14 de mayo de 1984; 5 de junio de 1987; 4 de marzo de 1993; 20 de septiembre de 1996; 16 de julio de 2002; 17 de julio de 2005; RDGRN de 18 de julio de 2005.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO<sup>1027</sup>**

*Belaval v. Tribunal Expropiaciones de Puerto Rico*, 71 D.P.R. 265 (1950)

*Clínica Dr. Mario Juliá, Inc. v. Secretario de Hacienda*, 76 D.P.R. 509 (1954)

*Álvarez Feito v. Secretario de Hacienda*, 80 D.P.R. 16 (1957)

*Díaz Lamoutte v. Luciano Maldonado*, 85 D.P.R. 834 (1962)

*Sánchez González v. Registrador de la Propiedad de Barranquitas*, 106 D.P.R. 361 (1977)

*Dávila Vega v. Agrait*, 116 D.P.R. 549 (1985)

*Kogan Huberman v. El Registrador de la Propiedad de San Juan*, 125 D.P.R. 637 (1990)

---

<sup>1027</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico se cita de la siguiente manera: Decisiones de Puerto Rico, D.P.R. y Tribunal Supremo de Puerto Rico, T.S.P.R.